

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

Lima, 03 de noviembre de 2014

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Consortio Cerro Colorado Pluvial

En adelante **el CONSORCIO, el CONTRATISTA, o EL DEMANDANTE.**

Demandado:

Municipalidad Distrital de Cerro Colorado

En adelante **la MUNICIPALIDAD, la ENTIDAD, o EL DEMANDADO.**

Tribunal Arbitral:

Orlando La Torre Zegarra.

Jorge Pedro Morales Morales.

Marlon Humberto De la Cruz Carpio.

Secretario Arbitral:

André Mauricio Villena Matta.

RESOLUCIÓN N° 22

Lima, 03 de noviembre de 2014.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Las partes suscribieron el Contrato de Obra originado en la Licitación Pública N° 003-2013-MDCC para la ejecución de Elaboración del Expediente Técnico y Construcción de la Obra "Instalación y Mejoramiento del Sistema Integral de Drenaje Pluvial en los Ejes de Alto Libertad-Alto Victoria-Semi Rural Pachacútec-Fundo La Quebrada-Túpac Amaru y Mariscal Castilla, Distrito de Cerro Colorado, Arequipa"

El contrato fue suscrito entre las partes el 30 de abril del 2013, dicho contrato estableció un convenio arbitral, el mismo que está contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato.

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la ejecución del Contrato de Obra originado en la Licitación Pública N° 003-2013-MDCC para la ejecución de Elaboración del Expediente Técnico y Construcción de la Obra "Instalación y Mejoramiento del Sistema Integral de Drenaje Pluvial en los Ejes de Alto Libertad-Alto Victoria-Semi Rural Pachacútec-Fundo La Quebrada-Túpac Amaru y Mariscal Castilla, Distrito de Cerro Colorado, Arequipa", el Consorcio procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje en aplicación del convenio arbitral contenido en el referido Contrato.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

1. Con fecha 20 de marzo de 2014, a las 17:00 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral en las oficina ubicada en Avenida Ejército N° 101, oficina 311-B (Edificio Nasya), distrito de Yanahuara, provincia y departamento de Arequipa;; donde se reunieron el Dr. Orlando la Torre Zegarra, en su calidad de Presidente Tribunal Arbitral, y los Doctores Jorge Pedro Morales Morales y Marlon Humberto de La Cruz Carpio, en su calidad de árbitros, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargaría de resolver la presente controversia.

2. Con fecha 01 de abril de 2014, el Consorcio Cerro Colorado Pluvial presenta su demanda. En ese sentido, mediante Resolución N° 01 de fecha 08 de abril de 2014, este Colegiado admitió a trámite el referido escrito, corriéndole traslado a la Municipalidad Distrital de Cerro

Colorado, a fin de que en el plazo de quince (15) días de notificada con dicha resolución, cumpla con contestarla, y de considerarlo conveniente, formulase reconvención.

3. Luego, con fecha 08 de mayo de 2014, la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado cumple con contestar la demanda. Así, mediante Resolución N° 02 de fecha 26 de mayo de 2014, el Tribunal Arbitral admitió a trámite el escrito de contestación de demanda, poniéndole en conocimiento al Consorcio Cerro Colorado Pluvial.
4. Posteriormente, mediante Resolución N° 05 de fecha 30 de mayo de 2014, este Colegiado citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la misma que se llevaría a cabo el día viernes 13 de junio de 2014 a horas 16:30 p.m., en la sede del arbitraje.
5. Con fecha 13 de junio de 2014 a horas 16:30 p.m., se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia de ambas partes, no pudiendo arribarse a una conciliación entre las mismas; por lo que, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas, frente a los cuales las partes manifestaron su asentimiento. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

De la demanda arbitral presentada por el Consorcio Cerro Colorado Pluvial

- 1. Primera Pretensión Principal:** *Determinar si corresponde o no reconocer que para alcanzar la finalidad del contrato, la entidad debe entregar al contratista la libre disponibilidad física del terreno en las siguientes áreas donde se ejecuta la obra:*
A.- *Tramo entre el sumidero 10 y el buzón BI-21, perteneciente a la sub cuenca 2.*

B.-Tramo Buzón BI-17 y el Buzón BI-24, perteneciente a la sub cuenca 1.

C.-Tramo Buzón BI-9 y el Buzón BI-12, perteneciente a la sub cuenca 2 al haberse presentado oposición de las obras por parte de vecinos del lugar al trazo por donde se ejecuta la obra.

D.- Áreas del sector donde se ejecutará la estructura de descarga de la sub cuenca 1, debido a que en ese lugar se vienen ejecutando trabajos de construcción del Gobierno Regional de Arequipa.

E.- Tramo entre el sumidero 22 y el buzón BI-38, de la sub cuenca 2, de la Av. Circunvalación, debido a que en ese lugar se vienen ejecutando trabajos de construcción del Gobierno Regional de Arequipa.

2. Primera pretensión subordinada a la Primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no establecer que las demoras en la entrega de terreno de las áreas y/o sectores indicadas en la primera pretensión principal son causales de ampliación de plazo mientras no se tenga la libre disponibilidad física del terreno.

3. Segunda pretensión principal: Determinar si corresponde o no ordenar que la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado reconozca que para cumplir la finalidad del contrato resulta indispensable modificar el expediente técnico aprobando propuesta alternativa que asegura la continuidad del ducto drenaje pluvial en los siguientes sectores:

A.-Sub-cuenca 01, Tramo 1-1, entre los buzones BI-17 – BI-24

B.- Sub-cuenca 02, Tramo entre los buzones BI-16 al BI-18

C.- Sub-cuenca 02, Tramo Buzón BI-9 – BI-12

4. Primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal: Determinar si corresponde o no declarar que la ejecución del Expediente técnico implica que se ejecuten nuevos trabajos

diferentes a los aprobados en el Expediente Técnico de Contrato, siendo potestad del Contratista ejecutarlos.

5. Segunda pretensión subordinada a la segunda pretensión principal: Determinar si corresponde o no declarar que en tanto la Municipalidad no cumpla con la segunda pretensión principal, es potestad del contratista solicitar la ampliación de plazo contractual por el supuesto incumplimiento de la Entidad respecto a la libre disponibilidad física del terreno, entrega del terreno y aprobación de las modificaciones al Expediente Técnico.

6. Tercera pretensión principal: Determinar si corresponde o no considerar ampliado el plazo solicitado por Consorcio Cerro Colorado Pluvial, referente a la solicitud de ampliación de plazo N° 02, la cual fue denegada mediante Carta N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, emitida el 6-02-2014 y recibida el 07-02-2014.

7. Primera pretensión alternativa a la tercera pretensión principal: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Carta N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, emitida el 6-02-2014 y recibida el 07-02-2014, por haber sido emitida por funcionario no competente para ello.

8. Primera pretensión Accesoria a la tercera pretensión principal: Determinar si corresponde o no declarar que la causal de la ampliación N° 02 es parcial, y por lo tanto continúa hasta que se tenga la libre disponibilidad del terreno en dicho sector.

9. Cuarta Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad, invalidez o ineficacia de la Resolución de Gerencia N° 156-2014-MDCC de fecha 20 de febrero de 2014 por falta de motivación, la cual declara improcedente la solicitud e Ampliación de Plazo N° 03, y determinar si corresponde o no declarar procedente o

fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 130 (ciento treinta) días.

10. Primera pretensión Accesoria a la cuarta pretensión principal: Determinar si corresponde o no declarar que la ampliación de Plazo N° 03 es parcial, y por tanto continúa hasta que se tenga libre disponibilidad del terreno en dicho sector.

11. Quinta Pretensión Principal: Determinar si los trabajos ejecutados correspondientes a las partidas: 03.04 Relleno, 03.04.01 Relleno para tuberías; 07 Prueba Hidráulica; 07.02 Prueba Hidráulica de tubería, se ejecutaron cumpliendo lo indicado en las especificaciones técnicas generales y especificaciones técnicas especificadas del expediente técnico de obra aprobado.

12. Primera pretensión subordinada a la Quinta Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no establecer que el peritaje elaborado por el Ing. Torreblanca y comunicado para su cumplimiento por la Entidad es vinculante para la ejecución de la obra y si puede modificar lo aprobado en el expediente técnico.

13. Sexta Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no establecer que los materiales de la partida: 06 Suministro e instalación de tubería, definidas en el Expediente Técnico y aprobada mediante Resolución de Gerencia N° 072-2013-GM-MDCC, han sido elegidos de acuerdo a las bases y contrato.

14. Primera pretensión subordinada a la Sexta Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no declarar que el Dictamen N° 005-2013-Comisión Calificadora no es vinculante para la ejecución de obra y no puede modificar lo aprobado en el expediente técnico, y determinar si es ineficaz al no haber sido comunicado al contratista.

15. Séptima Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no ordenar que la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado reconozca la plena validez del calendario de avance de obra valorizado actualizado y la Programación PERT CPM correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 01, presentado por el Contratista y elevado por el Supervisor de obra a la Entidad.

16. Décimo sexto Punto controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar que la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado asuma los gastos de mantención de las cartas fianza por el fiel cumplimiento de la obra mientras dure el presente proceso arbitral.

17. Punto controvertido común: Determinar a quién le corresponde el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje.

6. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio Cerro Colorado Pluvial en su escrito de demanda presentado con fecha 01 de abril de 2014, incluidos en el acápite "VI. MEDIOS PROBATORIOS (ANEXOS)" de su demanda, que van del numeral 01 al 82.

7. De la misma manera, también fueron admitidos los medios probatorios ofrecidos por Municipalidad Distrital de Cerro Colorado en su escrito de contestación de demanda presentado con fecha 08 de mayo de 2014, incluidos en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS DEL ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA", que van de los numerales 5.1 al 5.3.

8. Igualmente, en el caso del medio probatorio signado con el numeral 5.4 del acápite "V. Medios Probatorios del Escrito de Contestación de Demanda", este Colegiado otorgó a la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado un plazo de cinco (5) días hábiles, computado a partir del día

hábil siguiente de notificada dicha acta, a fin de que cumpliese con especificar y/o precisar la forma, modo y alcances de la pericia ofrecida, sin perjuicio de que este Tribunal Arbitral estableciese y modificase dichas cuestiones de considerarlo conveniente y conducente a la solución de la controversia.

9. Por otro lado, con fecha 04 de junio de 2014, el Consorcio Cerro Colorado Pluvial solicitó la acumulación de una pretensión; por lo que, mediante Resolución N° 07 de fecha 09 de junio de 2014, previo a emitir pronunciamiento en relación al escrito referido, el Tribunal Arbitral corrió traslado a la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, a fin de que en el plazo de cinco (5) días hábiles, contado a partir de notificado con dicha resolución, expresase lo conveniente a su derecho.

10. Así pues, con fecha 04 de julio de 2014, la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado cumplió con absolver el mandato requerido mediante Resolución N° 07. En relación a ello, mediante Resolución N° 08 de fecha 04 de julio de 2014, este Colegiado dispuso admitir a trámite la pretensión acumulada planteada por el Consorcio Cerro Colorado Pluvial mediante escrito de fecha 04 de junio de 2014, procediendo además, designar como perito al Ingeniero Jorge Dante Zevallos Málaga con CIP N° 68113, otorgándole a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que ofrezcan los medios probatorios que consideren convenientes.

11. De la misma manera, en la referida resolución, este Colegiado dispuso incorporar el siguiente punto controvertido:

"Determinar si es procedente o no el pago por parte de la ENTIDAD a favor del contratista de la suma dineraria ascendente a S/ 5'490,646.98 (Cinco Millones Cuatrocientos Noventa Mil Seiscientos Cuarenta y Seis y 98/100 nuevos soles), más los intereses generados a la fecha de cancelación, por concepto de enriquecimiento sin causa correspondiente al

reconocimiento de mayores trabajos ejecutados en la obra por el contratista en los tramos:

a.- tramo entre el sumidero 10 y el buzón bi-21, perteneciente a la subcuenca 2.

b.- tramo buzón bi-17 y el buzón bi-24, perteneciente a la subcuenca 1.

c.- tramo buzón bi-9 y el buzón bi-12, perteneciente a la subcuenca 2.

Para que no constituya enriquecimiento sin causa por parte de la entidad, en razón de que el contratista ha incurrido realmente en los gastos valorizados."

12.Por otro lado, con fecha 11 de julio de 2014, el Ingeniero Jorge Dante Zevallos Málaga con C.I.P. Nº 68113 procedió a aceptar su designación como perito en el presente caso; de lo cual se dejó constancia mediante Resolución N° 10 de fecha 23 de julio de 2014.

13.Luego, con fecha 14 de julio de 2014, la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado ofreció medios probatorios correspondientes a la pretensión acumulada. Así, mediante Resolución N° 11 de fecha 25 de julio de 2014, el Tribunal Arbitral dispuso correrle traslado al Consorcio Cerro Colorado Pluvial los medios probatorios ofrecidos, a fin de que en el plazo de tres (3) días hábiles, contado a partir de notificado con dicha resolución, exprese lo conveniente a su derecho; luego de lo cual, vencido el plazo otorgado, con o sin absolución de dicha parte, este Colegiado se encontraría expedido a emitir el correspondiente pronunciamiento.

14.De otro lado, con fecha 14 de agosto de 2014, el perito Ingeniero Jorge Dante Zevallos Málaga presenta su Dictamen Pericial; por lo que, mediante Resolución N° 14 de fecha 25 de agosto de 2014, este

Colegiado tuvo presente el dictamen pericial remitido, procediendo a correrle traslado a las partes, a fin de que en el plazo de cinco (5) días hábiles, contado a partir de notificados con dicha resolución, estudien y revisen el dictamen pericial, y de considerarlo pertinente formulen las observaciones que consideren.

15. Sobre lo indicado, con fecha 03 de setiembre de 2014, la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado formuló observaciones al Dictamen Pericial elaborado por el perito Ingeniero Jorge Dante Zevallos Málaga. De la misma manera, mediante Resolución N° 15 de fecha 04 de setiembre de 2014, este Colegiado tuvo por formuladas las observaciones a la pericia presentadas por la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado; procediendo además, a citar a las partes y al perito a la Audiencia de Informe Pericial a realizarse el día jueves 11 de setiembre de 2014 a las 12:00 horas.

16. En el día y hora señalado, se realizó la Audiencia de Informe Pericial; procediendo este Colegiado en la referida Audiencia, mediante Resolución N° 17, a declarar el cierre de la etapa probatoria, y otorgar a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles, a partir de notificadas con dicha resolución, a fin de que presenten sus alegatos y conclusiones finales. Asimismo, citó a ambas partes a la Audiencia de Informes Orales, la misma que se llevaría a cabo el día lunes 29 de setiembre a horas 12:30 p.m., la cual se realizaría en la sede del arbitraje.

17. Así pues, en el día y hora señalados, se realizó la Audiencia de Informes Orales, la cual contó con la presencia de ambas partes; procediendo este Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 19, tener presente los escritos de alegatos y conclusiones finales del Consorcio Cerro Colorado Pluvial y la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado de fechas 16 y 19 de setiembre de 2014, respectivamente; procediendo además, a admitir a trámite los medios probatorios presentados por la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado mediante escrito de fecha 14 de julio de 2014.

18. Asimismo, en la Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral fijó el plazo de treinta (30) días hábiles, a fin de emitir el laudo correspondiente, reservándose la facultad de prorrogar dicho plazo por otros treinta (30) días hábiles adicionales; indicando además que este colegiado quedaba facultado a suspender el plazo para laudar en caso la Municipalidad no cumpliese con cancelar los honorarios arbitrales derivados de la reliquidación por acumulación dentro del plazo otorgado mediante resolución N° 20, quedando facultado automáticamente el demandante a cancelar los referidos honorarios en el mismo plazo.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.- CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que, en momento alguno se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que, el Consorcio presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, la Municipalidad fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda dentro de los plazos establecidos.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar oralmente ante el Tribunal Arbitral.

- (vi) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear el recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- (vii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 13 de junio de 2014, y la pretensión acumulada determinada en la Resolución N° 18, corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso, para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de

la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"¹

El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado; por lo que, el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

POSICIONES DE LAS PARTES

POSICIÓN DEL CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL EN RELACIÓN A SUS PRETENSIONES CONTENIDAS EN LA DEMANDA Y ACUMULACIÓN

2.1 PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no reconocer que para alcanzar la finalidad del contrato, la entidad debe entregar al contratista la libre disponibilidad física del terreno en las siguientes áreas donde se ejecuta la obra:

- A.- Tramo entre el sumidero 10 y el buzón BI-21, perteneciente a la sub cuenca 2.
- B.-Tramo Buzón BI-17 y el Buzón BI-24, perteneciente a la sub cuenca 1.
- C.-Tramo Buzón BI-9 y el Buzón BI-12, perteneciente a la sub cuenca 2 al haberse presentado oposición de las obras por parte de vecinos del lugar al trazo por donde se ejecuta la obra.
- D.- Áreas del sector donde se ejecutará la estructura de descarga de la sub cuenca1, debido a que en ese lugar se vienen ejecutando trabajos de construcción del Gobierno Regional de Arequipa.
- E.- Tramo entre el sumidero 22 y el buzón BI-38, de la sub cuenca 2, de la Av. Circunvalación, debido a que en ese lugar se vienen ejecutando trabajos de construcción del Gobierno Regional de Arequipa.

POSICIÓN DEL CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL

Al respecto, refiere la demandante que durante la ejecución de la obra, el Residente y la Supervisión han efectuado las siguientes anotaciones en el cuaderno de obra tal como puede comprobarse en la CARTA N° 066-2014-OF.AQP/CONSORCIO CERROCOLORADOPLUVIAL; asimismo, indica el Consorcio que se pusieron de conocimiento de la Entidad, otras comunicaciones

De la misma manera, precisa la demandante que se realizaron constataciones policiales que certifican la falta de libre disponibilidad de terreno y que fueron comunicadas a la Entidad. De otro lado, indica el Consorcio que mediante Carta N° 071-2013/CIYSAC de fecha 21 de noviembre de 2013, la Supervisión comunica a la Entidad que la falta de libre disponibilidad de los terrenos es responsabilidad de la Entidad.

De la misma, señala la demandante que mediante Carta N° 113-2013-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL, le comunicó a la Supervisión la falta de libre disponibilidad física del terreno en el tramo BI-16 al BI-18, por comunicación notarial de la propietaria del terreno Juana Quispe Quispe. Igualmente, mediante Carta N° 112-2013-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADO PLUVIAL, el Consorcio expresa que le comunicó a la Supervisión la falta de libre disponibilidad física del terreno en el tramo BI-17 al BI-24, Sub cuenca I, (Ladrillera El Diamante) por comunicación notarial de la propietaria del terreno Ladrillera El Diamante. En relación a lo señalado en párrafos precedente, la demandante advierte que en todas las comunicaciones se ha hecho de conocimiento de la entidad que la falta de libre disponibilidad de terreno en los sectores que demanda.

Por otro lado, refiere el Consorcio que mediante Informe N° 06-2013-CONCORDIA-LRCS/SE, la supervisión reconoce la modificación del expediente en el Tramo Buzón BI-9 y el Buzón BI-12, Pasaje Libertad, perteneciente a la sub cuenca 2, al haberse presentado oposición de las obra por parte de vecinos de lugar al trazo por donde se ejecuta la obra, concluye y recomienda lo siguiente:

"CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

- 1. Por lo expuesto en los análisis de los hechos del presente informe es procedente realizar el cambio del trazo de la Obra: "INSTALACION Y MEJORAMIENTO.....", correspondiente a la Sub cuenca II - Tramo BI-9 al BI-12 - Jr- Jorge Chavez - Alto Libertad por el nuevo trazo que abarcaría a los buzones BI-9 al BI-10 en la Av. Lima y BI-10 al BI-12 en la Av. 1º de Mayo, según los planos adjunto al presente.*
- 2. Se ha comunicado al Contratista en el cuaderno de obra, la elaboración del expediente técnico sobre el cambio de trazo antes mencionado, en donde se establecerán los adicionales y/o deductivos correspondientes si es el caso."*

De igual manera, el Consorcio manifiesta lo siguiente:

- Mediante Carta N° 045-2014-SUPERVISIONES -GIDU-MDCC, la Entidad indica que dada la naturaleza de la obra de ser un concurso oferta no corresponde bajo ningún concepto un adicional.
- Mediante Carta N° 031-2014-CONCORDIA-SE, la Supervisión comunica al contratista que por la naturaleza de la obra de ser un concurso oferta no corresponde bajo ningún concepto un adicional.
- Mediante Carta N° 037-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADO PLUVIAL, se comunicó a la Entidad y con Carta N° 036-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL (ANEXO 24) a la supervisión la Constatación Policial certificando la oposición de los vecinos a la construcción del drenaje pluvial por dicho pasaje, que se encuentra entre el Buzón de Inspección BI-12 y el Buzón de Inspección BI-09 Pasaje La Libertad, de la sub cuenca II
- Mediante Carta N° 035-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADO PLUVIAL, se comunicó a la Entidad y con Carta N° 034-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL (ANEXO 26) a la supervisión la Constatación Policial certificando que entre el Buzón de Inspección 21 y el Sumidero SUM 10 el trazo por donde discurrirá la tubería de drenaje son propiedades privadas.

Por otro lado, manifiesta la demandante que de acuerdo con el artículo 13º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, el área usuaria, al plantear su requerimiento, debe describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, la que en el caso de la ejecución de obras se encuentra detallada en el expediente técnico. También señala que en los casos de ejecución de obras es necesario, además que la entidad cuente con la disponibilidad física del terreno.

En atención a lo anterior, precisa el Consorcio que corresponde determinar que debe entenderse por disponibilidad. Al respecto, Cabanellas define la disponibilidad como la condición o calidad de lo que cabe emplear o adjudicar con libertad²; mientras que define disponible como lo susceptible de libre empleo o atribución³, es decir, aquel bien del que se puede disponer libremente o se encuentra listo para usarse o utilizarse, debiendo entenderse por disponer de un bien no solo a la capacidad de gravarlo o enajenarlo sino a la capacidad de determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con dicho bien.

Igualmente, argumenta la demandante que sobre el asunto la Opinión N° 122-2009/DTN emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE señala que, cuando el artículo 13º de la Ley de Contrataciones del Estado, exige que, en el caso de la ejecución de obras, la entidad cuente con la disponibilidad física del terreno, es pretendiendo "evitar que la ejecución de una obra se vea retrasada por la imposibilidad de contar con el terreno sobre el que esta se ejecutará" y agrega "podemos concluir que aquello que resulta relevante para entender cumplida la obligación prevista en el artículo 13º de la Ley es que la entidad cuente con poder legal suficiente

² Cabanellas de Las Cuevas, Guillermo. Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo 3.

³ibidem

para determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con el terreno en el que se ejecutará una obra".

De otro lado, la demandante señala que la misma Opinión (haciendo mención de la Ley N° 27628) indica que cuando se "afecte terrenos de terceros, estos deben ser adquiridos por trato directo entre la entidad ejecutora o el concesionario y los propietarios o poseedores, o conforme al procedimiento establecido en la Ley General de Expropiaciones", según el contratista esto último sería aplicable en cuanto se refiere al trazo de las redes que afectan propiedades particulares atendiendo a que la condición de disponibilidad del terreno es un requisito cuyo cumplimiento la ley atribuye a la entidad y no a los contratistas, cualquiera que sea la modalidad de la contratación que les vincule.

El párrafo precedente se complementa con lo señalado por la contratista en relación al artículo 153 del reglamento de la ley de contrataciones del estado, el cual indica que: "La entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución de las obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de éstas correrá a cargo del contratista". Así pues de acuerdo al contratista, ni las bases integradas ni el contrato han establecido la obligación de su parte para que deba procurar la libre disponibilidad de los terrenos por adquisición de la propiedad o por la constitución de servidumbres, como tampoco se han considerado en el valor referencial de la obra los costos que significarían esas adquisiciones de propiedad y/o constituciones de servidumbres.

Al respecto, el Consorcio expresa que la Entidad nunca consideró en estudio de factibilidad, bases o contrato la adquisición de terrenos de propiedad privada o la constitución de servidumbres, tampoco lo consideró en la Estructura de Costos ni lo solicitó como adicional al momento de elaborar el Expediente Técnico de la Obra, por lo tanto nunca consideró que el Contratista tenga a su cargo todos los gastos que se incurra por

diagnósticos (estudios), gestiones y trámites técnicos – administrativos, legales y notariales requeridos para obtener el Saneamiento Físico Legal y la disponibilidad del terreno para la Obra. Por lo tanto todos estos gastos deben ser asumidos por la Entidad.

Asimismo, manifiesta la demandante que no se consideró un monto para expropiaciones dentro del valor referencial, ni en los términos de referencia, por lo tanto la obtención de la libre disponibilidad de los terrenos y/o servidumbres de paso deben ser proporcionados por la Entidad. Por otro lado, sobre los tramos, el Contratista señala lo siguiente:

- A.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.
- B.- TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 1.

Señala la demandante que mediante Carta N° 099-2013-CONCORDIA-SE, la Supervisión solicita al Contratista sustentar la no existencia de libre disponibilidad de terreno. En relación a ello, el Consorcio define lo siguiente:

"Debe entenderse que una entidad cuenta con la disponibilidad física del terreno en la que se ejecutará una obra desde el momento en que cuente con poder legal suficiente para determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con dicho terreno, lo cual no implica, necesariamente, la transferencia de la propiedad."

A decir del contratista la libre disponibilidad física del terreno, es el poder jurídico que permite determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con el terreno en el que se ejecutará una obra.

Siendo ello, así la contratista alega que la Entidad reconoce mediante el PROVEIDO N° 07921-2013-GIDU-MDCC, que en la etapa de pre-inversión se sustentó la libre disponibilidad mediante "declaraciones juradas", las cuales - para el contratista - no tienen poder jurídico para determinar lo que debe hacerse u omitirse con el terreno.

El Contratista señala que no estaba obligado en la etapa de elaboración del expediente técnico a realizar acciones para sustentar los trazos y diseños definitivos, pues las bases integradas y el contrato no han precisado que el Contratista será el encargado de obtener la libre disponibilidad de los terrenos y/o servidumbres, ni tampoco ha previsto los costos para las expropiaciones o servidumbres no han sido considerados en el valor referencial.

De tal manera, el Contratista indica que no es encargado ni legal ni contractualmente de efectuar acciones destinadas a obtener la libre disponibilidad de los terrenos, sin perjuicio de lo cual dicha parte cursó cartas notariales a los propietarios solicitándoles otorguen la libre disponibilidad de los terrenos respuestas negativas que hemos comunicado oportunamente a la entidad.

Por otro lado el Contratista señala que en el Acta de Entrega de Terreno hizo constar como observaciones que no existía libre disponibilidad de terrenos en los tramos A.- Tramo entre el sumidero 10 y el Buzón BI-21, perteneciente a la subcuenca 2; B.- Tramo Buzón BI-17 y el Buzón BI-24, perteneciente a la subcuenca 1.

A decir de la contratista, dichas observaciones no han sido levantadas por la entidad hasta la fecha.

SOBRE EL TRAMO: C.- TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2; el contratista señala que al haberse presentado oposición de las obra por parte de vecinos de lugar al trazo por

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

donde se ejecuta la obra, la Supervisión reconoció la falta de libre disponibilidad de terreno y aprobó la modificación de trazo, más no trámító ni aprobó el Presupuesto Adicional correspondiente.

Así pues el contratista cita los Asientos del cuaderno de obra donde se describiría la falta de disponibilidad del terreno, en tal sentido la contratista cita lo siguiente.

"ASIENTO N° 040 DEL RESIDENTE DE OBRA 21 – SETIEMBRE-2013

Se comunica a la Supervisión que en la Sub cuenca 1, tramo 1.1 con el tramo comprendido desde la intersección de la Av. 28 de Julio con Jr. Amazonas hasta la Vía de Evitamiento no se tiene disponibilidad de Terreno.

Se comunica a la Supervisión que en la Sub cuenca II con el tramo correspondido desde la Av. Mariano Melgar con Pasaje la Marina hasta la Av. Tarapacá no se tiene disponibilidad de terreno.

La modificación del trazo del BI 9 al BI 12 de la Sub cuenca II ha sido aprobada por la Supervisión mediante Carta N° 016-2013-CONCORDIA – SE de fecha 16 Setiembre 2013 quedando BI 9 al BI 10 con la Av. Lima y del BI 10 al BI 12 en la Av. 1ro de Mayo.

ASIENTO N° 041 DE LA SUPERVISION 21 - SETIEMBRE - 2013

En cuanto a la falta de disponibilidad del terreno en los tramos antes mencionados por el contratista, es necesario comunicar oficialmente a los dueños de esos terrenos, con copia a esta supervisión y a la entidad para su conocimiento.

El tramo del BI-9 al BI-12 de la Sub cuenca II, ya fue aprobado por esta supervisión, y comunicado a la entidad.

ASIENTO N° 47 DEL RESIDENTE DE OBRA 26 – SETIEMBRE - 2013

A la fecha mediante carta N° 016 Informe N° 06-2013 de fecha 16 Setiembre 2013 el Supervisor aprobó la modificación del trazo del BI 9 al BI 10 en la Av. Lima y del B1 10 al BI 12 en la Av. 1ro de Mayo."

Se comunica al Supervisor que mediante Acta de Entrega de Terreno se dejó constancia de la falta de disponibilidad de terreno en: Sub cuenca 1, Tramo 1.1; Tramo comprende desde la intersección de la Av. 28 de Julio con Jr. Amazonas hasta la vía de Evitamiento y en la Sub cuenca II, el tramo comprendido desde la intersección de la Av. Mariano Melgar con pasaje la Marina hasta la Av. Tarapacá.

SOBRE EL AREA: D.- AREAS DEL SECTOR DONDE SE EJECUTARÁ LA ESTRUCTURA DE DESCARGA DE LA SUBCUENCA 1., según la contratista la supervisión con Carta N° 055-2013-CONCORDIA-SE, comunicó a la Entidad el INFORME N° 07-2013-CONCORDIA-LRCS/SE, donde indica la falta de disponibilidad física de terrenos en zonas de descarga I., del mismo modo señala la contratista que con Carta N° 28-2014-OF.AQP/CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL, se reiteró comunicación a la Entidad sobre falta de disponibilidad física de terrenos en estructuras de descarga I.

Del mismo modo, la contratista señala que está comprobado mediante constatación policial que se venían ejecutando trabajos de construcción del Gobierno Regional de Arequipa, con lo cual la empresa busca demostrar la falta de libre disponibilidad de terrenos, esto último según señala la demandante fue comunicado a la Entidad con Carta N° 16-2014-OF.AQP/CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL, y a la supervisión con Carta N° 17-2014-OF.AQP/ CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL.

Asimismo, el contratista señala que está comprobado mediante constatación policial que se venían ejecutando trabajos de construcción del el Gobierno

Regional de Arequipa, con lo cual queda demostrado la falta de libre disponibilidad de terrenos en donde se construirá el Buzón de Inspección BI-24, que es la estructura de descarga de la Sub cuenca 01.

SOBRE EL TRAMO: E.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 22 Y EL BUZÓN BI-38, DE LA SUBCUENCA 2, DE LA AV. CIRCUNVALACIÓN el contratista señala que está comprobada mediante constatación policial, que en la actualidad está ejecutando trabajos de construcción el Gobierno Regional de Arequipa, con lo cual queda demostrado la falta de libre disponibilidad de terrenos.

2.2 PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En relación a la presente pretensión, el Consorcio refiere que ha quedado sustentado que la Entidad no tiene la libre disponibilidad de terrenos en los sectores:

- A.- Tramo entre el sumidero 10 y el Buzón BI-21, perteneciente a la subcuenca 2.
- B.- Tramo Buzón BI-17 y el Buzón BI-24, perteneciente a la subcuenca 1.
- C.- Tramo Buzón BI-9 y el Buzón BI-12, perteneciente a la subcuenca 2, al haberse presentado oposición de las obra por parte de vecinos de lugar al trazo por donde se ejecuta la obra.
- D.- Areas del sector donde se ejecutará la estructura de descarga de la Subcuenca 1, al estar ejecutando trabajos de construcción el Gobierno Regional de Arequipa.
- E.- Tramo entre el sumidero 22 y el Buzón BI-38, de la subcuenca 2, de la Av. Circunvalación, donde no se puede continuar en su ejecución por estar ejecutando trabajos de construcción el Gobierno Regional de Arequipa.

Asimismo, precisa que en el artículo 200º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que son causales de ampliación de plazo 1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.

2. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado. 4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

Asimismo, indica la demandante que la falta de libre disponibilidad de terreno es una causal contemplada en el numeral 2 que dice:

2. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.

Dice el Artículo 153.- Responsabilidad de la Entidad

La Entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquéllos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes o similares.

La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución de las obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de éstas correrá a cargo del contratista.”

De la misma manera, refiere que si la Entidad aprobó el Expediente Técnico, sin obtener autorizaciones, permisos, servidumbre y similares, es su responsabilidad asumir las ampliaciones de plazo que estas generen.

En este orden de ideas, señala el Consorcio que las demoras en la entrega de terreno de las áreas y/o sectores indicadas en la primera pretensión principal son causales de ampliación de plazo mientras no se tenga la libre disponibilidad física del terreno.

2.3 SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Al respecto, el Consorcio refiere que mediante Carta N° 017-2014-GIDU-MDCC, la entidad ordena al contratista:

"Por otra parte y respecto a la disponibilidad física del terreno por donde pasarán las líneas de drenaje, se indica una vez más que fueron ustedes LA CONTRATISTA, quien ha tenido la responsabilidad de la Elaboración del Expediente Técnico por la modalidad de CONSURSO OFERTA, por tanto sírvase hacernos llegar en la brevedad del plazo el expediente técnico de adecuación a los nuevos trazos que ustedes están proponiendo así como las razones técnicas del porque no fueron considerados durante la elaboración del estudio definitivo indicando a su vez que NO SE GENERARAN ADICIONALES DE OBRA POR NINGUN CONCEPTO. No pretenda señalar que no estaban en la factibilidad, porque para eso existe el estudio definitivo a nivel del detalle, tampoco se trata de un vicio oculto y que fue pagado oportunamente, todo indica que es una deficiencia del Expediente Técnico."

De la misma manera, señala que dicha parte ha entregado a la Entidad mediante Carta N° 066-2014-OF- AQP/CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL, las posibles modificaciones al expediente técnico solicitadas en la carta anterior.

De otro lado, advierte el Consorcio que tal como ha demostrado en el sustento de la Primera Pretensión Principal, la Entidad no tiene la libre disponibilidad física de los terrenos en los sectores:

- A.- Sub-cuenca 01, Tramo 1-1, entre buzones BI-17 - BI-24.
- B.- Sub-cuenca 02, Tramo entre Buzones BI-16 al BI-18
- C.- Sub-cuenca 02, Tramo Buzón BI-9 y el Buzón BI-12.

Asimismo, indica que al no tener la Entidad la libre disponibilidad física de los terrenos en dichos sectores, para cumplir la finalidad del contrato se tiene que modificar el expediente técnico aprobado. El no ejecutar nuevos trazos que impliquen la continuidad del ducto de drenaje pluvial daría como consecuencia que no se cumpla con la finalidad del contrato.

Igualmente, refiere que es de carácter imprescindible y necesario el modificar el expediente técnico aprobando propuesta alternativa para cumplir con las metas del expediente técnico al estar relacionada la modificación del expediente técnico con la finalidad del objeto de la obra y su no ejecución no permitiría el cumplimiento contractual.

De la misma manera, precisa el Consorcio que en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública en los casos en que las contrataciones se encuentren relacionadas a la ejecución de un proyecto de inversión pública, es responsabilidad de la Entidad: 1) que los proyectos hayan sido declarados viables, en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP). 2) que se tomen las previsiones necesarias para que se respeten los parámetros bajo los cuales fue declarado viable el proyecto, incluyendo costos, cronograma, diseño u otros factores que pudieran afectar la viabilidad del mismo.

En este sentido, dado que es responsabilidad exclusiva de la Entidad contar con viabilidad en el SNIP antes de ejecutar un proyecto de inversión; así como velar por que se respeten los parámetros bajo los cuales fue declarado viable el proyecto por tanto no es responsabilidad del contratista el obtener la libre disponibilidad física de los terrenos donde se ejecuta la obra.

Siguiendo este orden de ideas ha sido responsabilidad de la Entidad el definir el trazo por donde pasa el ducto de evacuación de las aguas pluviales parámetro que ha sido respetado por el contratista y aprobado por la Entidad, por lo tanto cualquier modificación es responsabilidad de la Entidad.

2.4 PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

Según la demandante las modificaciones al expediente técnico no forman parte del contrato. Así pues para el contratista, pretender que se ejecute trabajos en tramos no considerados en el expediente técnico por no tener el saneamiento físico legal y por lo tanto carecer de libre disponibilidad de terreno de los tramos considerados en el expediente técnico y en el estudio de factibilidad, no tiene amparo legal ni fáctico y más bien se trata de un abuso en el ejercicio de los derechos.

2.5 SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En relación a ello, el Consorcio refiere que ha quedado sustentado que la Entidad no tiene la libre disponibilidad de terrenos en los sectores **A.-** Sub-cuenca 01, Tramo 1-1, entre buzones BI-17 – BI-24; **B.-** Sub-cuenca 02, Tramo entre Buzones BI-16 al BI-18; y **C.-** Sub-cuenca 02, Tramo Buzón BI-9 y el Buzón BI-12. Por lo que para alcanzar la finalidad del contrato se tiene que modificar el expediente técnico aprobado. A decir de la demandante los nuevos trazos y diseños que impliquen dar la continuidad del ducto de drenaje pluvial dan como consecuencia la aprobación de nuevas prestaciones.

Según manifiesta la contratista, mientras que no se aprueben las modificaciones al expediente técnico que dan como consecuencia la aprobación de nuevas prestaciones se puede solicitar ampliación de plazo sustentado en la causal contemplada en el numeral 2 del artículo 200. Así pues, según el consorcio si la Entidad aprobó el Expediente Técnico, sin obtener autorizaciones, permisos, servidumbre y similares, es su responsabilidad asumir las ampliaciones de plazo que estas generen.

Para el contratista, las demoras en la aprobación de las modificaciones al expediente técnico son de responsabilidad de la Entidad, lo que genera que se siga sin contar con la libre disponibilidad de los terrenos, lo que constituye causal de la ampliación de plazo.

2.6 TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Sobre la presente pretensión, refiere el Contratista que durante la ejecución de la obra el Residente y la supervisión han efectuado anotaciones, así como se habría cursado a la Entidad cartas indicando la falta de disponibilidad de terreno por el desvío del tráfico vehicular por obras del Gobierno Regional de Arequipa, la cual se verifica (según la demandante) con la constatación policial correspondiente.

El Consorcio Cerro Colorado Pluvial sustenta su Ampliación de Plazo N° 02, generados por la falta de libre disponibilidad de terreno en el sector Av. Circunvalación, por 90 días calendarios. Asimismo, el contratista manifiesta que fue el jefe del Área de Supervisiones, Ing. Javier Palacios Seira, quien denegó la Ampliación de Plazo N° 02. Del mismo modo, el contratista señala que comunicó a la Supervisión con CARTA N° 008-2014-OF.AQP/CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL, la paralización de los trabajos en la Av. Circunvalación.

De otro lado, el Consorcio Cerro Colorado Pluvial sustenta en el Artículo 200º del RCE las causales de la Ampliación de Plazo: "Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado".

Refiere la demandante que las partidas que no se pudieron ejecutar por no tener la libre disponibilidad del terreno, y que se encuentran en la ruta crítica figuran en el sustento de la ampliación de plazo parcial 02, y tiene un plazo parcial de duración de 90 días calendarios. Siguiendo este orden de ideas, el Contratista solicita la Ampliación de Plazo N° 02, fundamentado en el Artículo 200.- Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados y de conformidad con el artículo 41º de la Ley, dado que, según señala dicha parte, la causal modifica la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y es necesaria para culminar la obra.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio**

El consorcio señala que mediante Carta N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, (ANEXO 50), el jefe del Área de Supervisiones, Ing. Javier Palacios Seira, deniega la Ampliación de Plazo N° 02, sin embargo la contratista manifiesta que dicho profesional no era funcionario competente para ello.

Señala la demandante que la Entidad a la fecha no ha emitido acto resolutivo donde deniegue la Ampliación de Plazo N° 02, ha emitido "Carta", lo cual vulnera lo normado en el artículo 201 del Reglamento. Bajo este concepto, indica la demandante que se debe considerar que una "carta" no es un acto resolutivo, mediante el cual la Entidad debería resolver la solicitud de ampliación de plazo. En tal sentido, manifiesta la contratista que al no existir pronunciamiento válido dentro del plazo se debe considerar ampliado el plazo bajo responsabilidad de la Entidad, al haber operado el silencio administrativo positivo – aprobación ficta.



2.7 PRIMERA PRETENSIÓN ALTERNATIVA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

La contratista argumenta que la carta N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, ha sido emitida por el Ing. Javier Palacios Seira, funcionario que no es competente para resolver las solicitudes de ampliaciones de plazo. Asimismo, sustenta su posición citando la Opinión N° 007-2013/DTN en la que la Dirección Técnico Normativa del OSCE señala: "el pronunciamiento de la Entidad sobre las solicitudes de ampliación de plazo debe realizarse expresa y formalmente, mediante resolución del Titular de la Entidad o del funcionario a quien este haya delegado tal facultad". Al respecto, la contratista señala que ninguno de los supuestos previstos ha sucedido en el presente caso dado que ni se ha emitido resolución alguna ni el jefe del Área de Supervisiones, Ing. Javier Palacios Seira ha sido delegado para ejercer tal facultad, por lo que dicha parte entiende que la



Entidad nunca comunicó sobre la potestad del Ing. Javier Palacios Seira para resolver sobre las ampliaciones de plazo.

2.8 PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

La contratista señala que su Ampliación de plazo 02 es parcial la causal y que la sustenta continua, dicha causal fue: Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobada que fue generado por Falta de libre disponibilidad de terreno en el sector Av. Circunvalación.

La contratista señala que lo antes indicado ha sido debidamente sustentado en la sustentación de la ampliación de plazo 02, precisando que a la fecha, el tramo comprendido entre el sumidero 21 y el Buzón BI-38, de la sub cuenca 2, de la Av. Circunvalación, no se puede continuar en su ejecución la obra al haber una causa de fuerza mayor en el tramo entre Jirón Moquegua y Variante de Uchumayo, dado que el Gobierno Regional de Arequipa al ejecutar las obras en la intersección Vía de Evitamiento con Variante de Uchumayo ha efectuado todo el desvío del tránsito vehicular que sale de la ciudad de Arequipa por la avenida Circunvalación entre la Variante de Uchumayo y el jirón Moquegua.

Asimismo, la contratista precisa que en el plano de secciones y perfiles las alturas de corte en este sector son del orden de los 7.00 metros lo que hace inviable las excavaciones profundas en el tramo entre el BI-33 y el BI-38.

Según la contratista el desvío del tráfico hacia la Avenida Circunvalación por parte del Gobierno Regional ha sido posterior a la ejecución del estudio de factibilidad ejecutado por la Municipalidad y del expediente técnico de obra ejecutado por el Contratista.

La demandante concluye que el tramo permanece sin libre disponibilidad física de los terrenos, por lo tanto la causal que sustenta la ampliación de

plazo 02 es parcial y a la fecha continua, siendo potestad del Contratista el solicitar una nueva ampliación de plazo hasta que la Entidad otorgue la libre disponibilidad física de los terrenos.

2.9 CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

El Consorcio Cerro Colorado Pluvial sustenta su pretensión señalando que se habría configurado la causal Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad, establecida en el Artículo 200º del Reglamento.

Asimismo, la contratista argumenta que las partidas que no se pudieron ejecutar por no tener la libre disponibilidad del terreno, se encuentran en la ruta crítica figurarán en el sustento de la ampliación de plazo parcial 03, y tiene un plazo parcial de duración de 130 días calendarios. Así la contratista señala que solicitó la Ampliación de Plazo N° 03, fundamentado en el **Artículo 200.-** Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad , causal que según dicha parte modifica la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y es necesaria para culminar la obra.

Así pues la contratista refiere que, mediante CARTA N° 052-2014-OF.AQP/CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL, sustentó la Ampliación de Plazo N° 03, y mediante Resolución de Gerencia N° 156-2014-MDCCla Gerencia de Infraestructura y Desarrollo Urbano, denegó la Ampliación de Plazo N° 03.

La contratista señala que la Entidad ha sustentado en la parte considerativa de la Resolución la improcedencia de la Ampliación de Plazo N° 03, en el Informe Técnico N° 072-2014/SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, la misma que señala: "... por lo cual solicitan una ampliación de plazo N° 03 por 130 días calendarios para la obra en mención, esto es una ampliación de 72.22% del

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

plazo contractual, sin embargo el área indica que dicha causal se trata de una deficiencia del estudio definitivo en la etapa de elaboración de expediente técnico y ejecución de la obra," "... siendo que la obra se ejecuta por la modalidad de concurso oferta, no genera adicionales de obra y aún menos la ampliación de plazo, en este contexto el Área de Supervisiones declara improcedente la Ampliación de Plazo N° 03 por 130 días calendarios para la obra antes mencionada." Ahora bien, si el propio contratista incurre en errores al elaborar el Expediente Técnico, no sería razonable que dichos errores en el Expediente (más aún cuando se trata de un contrato bajo el sistema de suma Alzada) de lugar a prestaciones adicionales, pues ese tipo de circunstancias calzarían perfectamente dentro del margen de riesgo que debe ser asumido por el contratista."

A decir de la contratista, la Resolución de Gerencia N° 156-2014-MDCC, no ha sido debidamente motivada por lo tanto debe ser declarada nula, pues el Informe Técnico N° 072-2014/SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, el cual sustenta la improcedencia en que no se debe otorgar la ampliación de Plazo 03 porque representa el 72.22 % del plazo contractual, lo cual no está normado ni en el RLE y la misma Ley.

En tal sentido, el contratista señala que la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado ha actuado en contra la Ley del procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, pues, según dicha parte, la citada norma establece en su artículo 3º los requisitos que debe cumplir dicho acto para que este no devenga en nulo, y que establece que la motivación es un requisito inherente del acto administrativo para que no sea declarado nulo. Así pues la contratista señala que la Resolución de Gerencia N° 156-2014-MDCC, no ha sido debidamente motivada, este acto administrativo debe ser considerado nulo y sin eficacia, debiendo considerarse ampliado el plazo bajo responsabilidad de la Entidad, por silencio.

2.10 PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

La causal que sustenta la ampliación de plazo 03 por parte de la contratista son los Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causa atribuibles a la Entidad, generados por la falta de libre disponibilidad de terreno en el sector Sub cuenca 1, Tramo 1.1 Tramo entre Buzones BI-17 - BI-24; en el sector Sub cuenca 2, Tramo entre Buzones BI-16 al BI-18.

Así pues la contratista señala que El tramo entre los Buzones BI-17 - BI-24, del Expediente técnico y del Estudio de Factibilidad atraviesa terrenos de propiedad de Ladrillera El Diamante SAC., empresa que no ha dado la servidumbre para el paso de dicho tramo por terrenos de su propiedad, razón por la cual a decir de la contratista el trazo debe modificarse desde la intersección de la Av. 28 de Julio con Jr. Amazonas hasta la Vía de Evitamiento.

En relación al tramo entre los Buzones BI-16 - BI-18, la contratista señala, del Expediente técnico y del Estudio de Factibilidad atraviesa terrenos de propiedad privada de varios propietarios, quienes no han dado la servidumbre para el paso por dicho tramo en terrenos de su propiedad, en consecuencia se propone otro trazo que implica el paso por terrenos de propiedad pública, razón por la cual la contratista señala que el trazo debe modificarse desde la intersección de la Av. Mariano Melgar con Av. Sor Ana de los Ángeles hasta el Jr. Tarapacá. Al respecto, la contratista, señala que ha efectuado la constatación policial al respecto.

Así pues, la demandante señala que ni en las bases ni en el contrato, se ha considerado que sea responsabilidad del contratista el saneamiento físico legal de los terrenos donde se construye la obra, siendo esta una obligación de la Entidad. En tal sentido, la contrista concluye indicado que la causal que sustenta la ampliación de plazo 03 es parcial y a la fecha continua,

siendo potestad del Contratista el solicitar una nueva ampliación de plazo hasta que la Entidad otorgue la libre disponibilidad física de los terrenos.

2.11 QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Al respecto, la contratista señala que mediante Carta N° 062-2014-CONCORDIA-SE, la Supervisión recomienda al contratista que las zanjas deben seguir el procedimiento constructivo indicado por la Entidad, lo cual, según dicha parte, fue reiterado mediante Carta N° 103-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, Carta N° 146-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, del 12-02-2014. Así pues la contratista señala que mediante Carta N° 017-2014-GIDU-MDCC, la entidad ordena al contratista: "... así como los malos procedimientos constructivos observados, así mismo la supervisión de obra no informa ni demuestra control de calidad de obra, se le solicita que para garantizar el óptimo procedimiento de aceptación de los trabajos, tanto la supervisión y la contratista deberán retirar de todas las valorizaciones pagadas a la fecha que fueron pagos a cuenta los rellenos en todos los frentes de trabajo donde no se haya realizado la prueba hidráulica respectiva."

A decir de la contratista los rellenos efectuados fueron observados por la entidad; sin embargo la contratista señala que las cartas cursadas, modifican el proceso constructivo aprobado en el Expediente Técnico mediante Resolución emitida por la misma Entidad. No obstante, el Contratista sustenta que el relleno para tuberías está normado por las especificaciones técnicas definidas en las partidas:

- Partida: 03.04.01, sobre RELLENO PARA TUBEÍAS que básicamente se refiere a la Norma ASTM D-2321-00,
- Partida 06.01.01 sobre SUMINISTRO DE TUBERÍA, la misma que básicamente define que se cumplan las NTP ISO 21138 ó NTP 399.162,

- Partida 06.02.01 sobre INSTALACIÓN DE TUBERÍA 450 mm., que se refiere a las NTP ISO 21138 ó NTP 399.162,
- Partida 07.02 sobre PRUEBA HIDRAULICA DE TUBERIA, donde en el ítem: Modo de ejecución de la Partida.

La contratista señala la especificación técnica indica que la Prueba Hidráulica debe efectuarse con el relleno compactado y NO como desea la Entidad ANTES del relleno compactado.

La contratista señala que técnicamente propuso que la prueba hidráulica se efectúe después del relleno compactado considerando los grandes diámetros que se emplean en la obra que son hasta 1.20 m. de diámetro (lo cual fue aprobado por la entidad), las pronunciadas pendientes por las que atraviesa del ducto del orden de hasta el 15%, y la zona por la que atraviesa el ducto donde se efectuará la prueba hidráulica que son áreas urbanas. Por un criterio de seguridad de fallar un tapón de la tubería cargada de agua por efectos de la prueba hidráulica, el agua acumulada en las tuberías de gran diámetro ocasionarían daños y pondrían en peligro a pobladores aguas abajo es necesario el efectuar las pruebas hidráulicas con relleno compactado terminado.

Por tanto, la demandante concluye que la Entidad pretende modificar el contrato mediante el cambio de especificaciones técnicas cuando aprobó mediante Resolución dichas especificaciones.

2.12 PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

La contratista señala que mediante la Carta N° 061-2014-CONCORDIA-SE, la Supervisión le comunicó que "... se nos comunica la CONTRATACIÓN DEL ING. WUALTER TORREBLANCA SALINAS para efectuar un PERITAJE a la ejecución de la obra: Instalación y mejoramiento....". Asimismo, la

contratista señala que mediante Carta N° 102-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, la Entidad indicó a la Supervisión que "Le indico, que para aceptar la valorización de un tramo, ellos deben superar la prueba hidráulica y una vez más le reitero y solicito que se presenten fotografías por cada tramo. La próxima vez que nos solicite nuestra presencia la tubería deberá estar con solamente el relleno protector y aún sin las capas de relleno compactadas. Además, sírvase implementar desde el primer tramo que excavo y coloco la tubería."

Posteriormente, señala la contratista que la supervisión informó que el Ing. Wualter Torreblanca Salinas fue contratado por la Municipalidad para la realización de un peritaje a la obra, señalando la supervisión que la obra se encontraba en proceso de peritaje por el referido profesional.

Al respecto, la contratista señala que se realizó un peritaje, por un extraño a la obra, específicamente, por el Ing. Torreblanca, el cual, a decir de dicha parte es nulo de pleno derecho, por tanto, ineficaz, sin embargo, la Municipalidad, pretende otorgarle validez y eficacia, lo que según la entidad constituye un claro abuso de autoridad.

La contratista recalca que no se ha cumplido con el debido proceso, conforme lo establecido en el artículo IV, numeral 1.2, del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, pues además en obra no pueden intervenir terceros en la ejecución de la obra, para ello, la entidad cuenta con un supervisor que es el representante de la entidad.

La contratista señala también que el peritaje que ha elaborado el Ing. Torreblanca, no ha sido aprobado por ningún funcionario municipal, es decir que dicha parte argumenta que dicho documento no ha sido incorporado a la administración pública de la Municipalidad de Cerro Colorado, sin embargo, se le otorga plena validez y se califica de vinculante, lo cual - para dicha parte - constituye una violación al debido proceso, pues señala que: "Las entidades sólo solicitan informes que sean preceptivos en la

legislación o aquellos que juzguen absolutamente indispensables para el esclarecimiento de la cuestión a resolver. La solicitud debe indicar con precisión y claridad las cuestiones sobre las que se estime necesario su pronunciamiento".

2.13 SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Señala la contratista que la Entidad mediante la Carta N° 069-2014-CONCORDIA-SE, solicitó pronunciamiento sobre la controversia relativa a la elección de la tubería (HDPE ó PVC Rib Steel), indicando que la HDPE se consideró en estudio de factibilidad. Por su parte, según la contratista, el supervisor señaló que ".... establece que las tuberías de los colectores 3 y 5 son de TUBERÍA HDPE PERFILADA, por lo que se le solicita al Contratista a corregir el tipo de tubería en el colector 3 colocado e instalado tipo Rib Steel reforzado."

Así pues, la contratista advierte que la supervisión remitió copia de la resolución de gerencia N° 072-2013-GM-MDCC de aprobación del expediente técnico y copia del DICTAMEN N° 005-2013-COMISION CALIFICADORA, donde la entidad plantea la controversia en relación a la elección del tipo de tubería, cuando, a decir del contratista el Expediente Técnico ya fue aprobado mediante Resolución de Gerencia N° 072-2013-GM-MDCC.

Así pues, el contratista señala que contrato obliga al Contratista y la Entidad a cumplir con las bases integradas y la oferta ganadora. Las bases integradas incluyen al Estudio de Factibilidad.

Indica la contratista que el área usuaria definió las magnitudes y calidad de la prestación siendo su responsabilidad describir la tubería, lo que no hizo - a decir del demandante - en los términos de referencia, generando discrepancias respecto del tipo de tubería a utilizar.

Del mismo modo, la contratista señala en el ítem. 3.2. de las Bases Integradas, que la Entidad requirió la tubería HDPE corrugado (página 28 y 29) y en el ítem 3.2.8. obras de conducción (página 33), menciona al PVC como material de tubería.

Asimismo, señala el contratista que elaborar el Expediente Técnico definitivo por con marca comercial de la tubería estaría en contra del Artículo 13.- Características técnicas de los bienes, servicios y obras a contratar, de la Ley de Contrataciones del Estado. Para la contratista, la Entidad ha requerido 03 tipos diferentes de tubería:

- 1.- Tubería PVC.
- 2.- Tuberías HDPE IB WT N-12
- 3.- Tubería N-12 HC

La demandante señala que, Las tuberías HDPE IB WT N-12 y Tubería N-12 HC, son tuberías de marca comercial fabricado en Chile de la fábrica ADS TIGRE, por lo tanto no ello permite la concurrencia de la pluralidad de proveedores en el mercado ni evita incluir requisitos innecesarios cuyo cumplimiento sólo favorezca a determinados postores, tal como indica el artículo 13 de la Ley aplicable.

Asimismo, el contratista señala que el Reglamento Técnico a ser cumplido por ambas partes es el Reglamento Nacional de Edificaciones el cual contiene la Norma Técnica OS-060, esto en cumplimiento del Artículo 13 de la LCE y la factibilidad que forma parte del contrato.

Así pues, las bases integradas indican:

4.3. Condiciones Generales para el desarrollo del Estudio, la cual señala que "Todas las características del diseño vial se sujetarán a la normativa vigente en el Perú, complementariamente se utilizarán las normas y especificaciones internacionales.

En tal sentido, según la contratista la normativa vigente en el Perú, es la Norma OS-060, lo cual es reconocido por la propia entidad en su estudio de

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio**

factibilidad, por lo tanto, para dicha parte contractualmente la Entidad y el Contratista tienen que aprobar el Expediente técnico de acuerdo a la Norma OS-060 de Drenaje Pluvial Urbano, la cual indica en el punto 1) que "Los proyectos de drenaje pluvial urbano referentes a recolección, conducción y disposición final del agua de lluvias se regirán con sujeción a las siguientes disposiciones legales y reglamentarias: Normas Técnica Peruanas NTP."

La contratista señala que la Tubería HDPE-ADS, que es una de las tuberías que solicita la Entidad debe cumplir con la norma técnica peruana, dado que el contrato así lo exige. Dicha NTP 21138 define los espesores de pared, frente a lo cual la contratista indica que se puede comprobar que la tubería HDPE-ADS, no cumple con el espesor de pared en ningún diámetro de los solicitados por el Proyecto por Norma.

Para sustentar su posición el contratista adjunta el cuadro que se describe a continuación, con el fin de demostrar que ningún espesor cumple con lo exigido por la norma técnica peruana:

DIFERENCIAS DE ESPESORES DE NTP CON TUBERIA HDPE ADS CHILE			
Diámetro	Tipo de pared	Tipo de unión	Espesor de pared (mm)
450mm	Corrugado	Anillo elastómerico	1.30 < 2.80
600mm	Corrugado	Anillo elastómerico	1.50 < 3.50
900mm	Corrugado	Anillo elastómerico	1.70 < 4.75
1000mm	Corrugado	Anillo elastómerico	1.80 < 5.00
1200mm	Corrugado	Anillo elastómerico	1.80 5.00

A decir de la contratista, las mismas especificaciones técnicas dadas por la Entidad en el estudio de factibilidad indicaban el cumplimiento por parte del

Contratista de la Norma NTP 399.162, que fue sustituida por la Norma NTP-ISO 21138-1:2010.

La contratista concluye que la tubería a elegirse debería cumplir con las normas técnicas peruanas: NTP-ISO 21138 o la Norma técnica peruana 399.162.

Así pues la contratista señala que ante el error en la factibilidad por parte de la entidad, la demandante optó por el cumplir con la Norma Técnica y el Reglamento.

2.14 PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Al respecto, la contratista señala que mediante Carta N° 331-2013-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, de fecha 16 de agosto 2013, la Entidad les alcanzó la Resolución de Gerencia N° 072-2013-GM-MDCC (aprobando el Expediente Técnico de la obra), el cual consta de nueve volúmenes. Según la demandante Carta N° 331-2013-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, sólo alcanzó la Resolución de Gerencia más no el dictamen 005-2013--COMISION CALIFICADORA.

La contratista señala que el Expediente Técnico, con sus nueve volúmenes, y que es parte del contrato y que tiene que ser cumplido por las partes, por lo tanto cualquier el Dictamen 005-2013-COMISIÓN CALIFICADORA no es vinculante para la ejecución de la obra, el cual -según dicha parte- nunca fue comunicado al Contratista, es entonces un documento eficaz, no surte efecto legal alguno para el contratista.

Para la demandante, el dictamen N° 005-2013-COMISION CALIFICADORA, no es vinculante para la ejecución del contrato de obra y que la Entidad nunca comunicó al Contratista sobre dicho dictamen siendo por lo tanto un documento ineficaz para todo efecto.

2.15 SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Sobre este pretensión, el contratista señala Resolución sobre la Ampliación de Plazo N° 01, tampoco ha notificado de ninguna decisión al Contratista, por lo tanto, para la demandante, dicha ampliación de plazo ha quedado consentida en virtud del reglamento de la Ley de contrataciones que señala que el inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad."

La contratista señala que mediante Carta N° 107-A-2013-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL, cumplió con presentar a la Supervisión el Calendario de Avance de Obra Valorizado Actualizado y la Programación PERT CPM correspondiente a la Ampliación de Plazo 01, de conformidad con el artículo 201º del Reglamento. Asimismo, la entidad precisa que mediante Carta N° 074-2014-CONCORDIA-SE, la Supervisión comunica que emitió su conformidad por estar sustentado en las causales contemplados en el Art. 200 y se ha cumplido con la remisión a la Entidad dentro de los plazos estipulados en el Art. 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. No obstante, ello, la contratista señala que la entidad no se pronunció al respecto, razón por la cual, la contratista considera que, de conformidad con el artículo 201º del Reglamento, su ampliación de plazo ha quedado consentida, y por tanto el consorcio considera que ha quedado aprobado el calendario elevado por el Supervisor.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

2.16 DÉCIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

El consorcio señala que la entidad debe asumir los gastos la realización del arbitraje solicitado incluyendo el costo de la mantención de las cartas fianza por el fiel cumplimiento de la obra mientras dure el presente proceso arbitral.

2.17 PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN

Al respecto, las partes fundamentan su posición de conformidad con lo argumentado en sus actos postulatorios.

POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD DISTITAL DE CERRO COLORADO EN RELACIÓN A LAS PRETENSIONES FORMUALDAS POR EL DEMANDANTE

En relación a la primera pretensión principal la entidad señala que el Tribunal debe considerar y que la Contratista conocía la falta de libre disponibilidad física de terreno precisados en el ítem a) referido al tramo entre el Sumidero 10 y el Buzón BI-21, perteneciente a la Subcuenca N° 2, es decir ello fue de conocimiento de la contratista al momento de la elaboración del expediente técnico, que fue elaborado por la propia entidad demandante, la misma que señala la demandad, en el transcurso de la ejecución del mismo nunca fue objetado ni puesto en conocimiento de la Municipalidad Distrital De Cerro Colorado.

La entidad alega que se acredita con la Carta N° 062-2013-CONCORDIA-SE, que la Supervisión de comunicó a la contratista su opinión sobre la modificación del proyecto por falta de disponibilidad física de terreno en la Sub Cuenca II, Tramo BI-16 al BI-18, intersecciones de la Av. Mariano Melgar con Av. Sor Ana de los Ángeles y Jr. Tarapacá, en donde inclusive considera improcedente el planteamiento del Adicional N° 02, elaborado

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio**

por el contratista (Consorcio Cerro Colorado Pluvial) y recomienda efectuar las siguientes acciones:

- *Realizar el cambio del trazo entre los Buzones BI-16 al BI-18*
- *Subir el trazo con la finalidad de evitar la construcción del túnel presentado en la propuesta del Adicional N° 02.*
- *Quitar el sumidero 10 y colocar sumideros en la Av. Sor Ana de los Ángeles y Av. Mariano Melgar.*
- *Colocar cuneta en Jirón Tarapacá.*

Asimismo, la entidad señala que, en su momento, la Supervisión de Obra adjuntó los planos respectivos donde daba la solución a la falta de disponibilidad física del terreno, por lo que, a decir del demandado se ha dado al contratista la libre disponibilidad del terreno asumiendo una modificación en el proyecto, en consecuencia, el contratista, Consorcio Cerro Colorado Pluvial, tenía el planteamiento dado por la supervisión de obra, para obtener la libre disponibilidad del terreno en el sector reclamado.

Ahora bien, en relación a la Primera Pretensión Subordinada a la primera pretensión principal, la entidad señala que en el pronunciamiento de la primera pretensión principal, se ha acreditado de forma indubitable la libre disponibilidad de terrenos ha sido siempre responsabilidad del Contratista, por la modalidad de contratación concurso oferta siendo el responsable de la elaboración del Expediente Técnico, por lo tanto - a decir de dicha parte - debía prever los trazos por donde pasaba la tubería de drenaje y en caso de ser propiedad privada efectuar el saneamiento físico legal del caso o comunicarlo a la Municipalidad, hecho que se sustenta en el sentido de que el contratista, ha venido realizando la ejecución de la Obra de acuerdo al Expediente Técnico, tanto así que a la fecha se ha producido el pago de sus valorizaciones, por avance de obra, por parte de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado.

Asimismo, la entidad señala que se ha ejecutado más del 80% de la construcción de la obra por lo que no puede argumentarse que dicha parte

no ha cumplido con la entrega de la libre disponibilidad del terreno, según la entidad el referido argumento solo busca distraer la atención del Tribunal, así como de la Municipalidad, ya que la realidad de los hechos es que el contratista a la fecha no ha cumplido con su cronograma de avance de obra y solo busca excusar su irresponsabilidad en un supuesto incumplimiento por parte de la Municipalidad.

Por otro lado, en relación a la segunda pretensión principal, la Municipalidad Distrital De Cerro Colorado señala que el numeral 2) del Artículo 41 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, donde se define al Concurso Oferta, como una modalidad de ejecución contractual en la cual "(...) el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno". Así pues, a decir de la entidad el Contratista demandante, ha formulado su oferta técnica y económica que consideraba la totalidad de las actividades que involucraría la ejecución del contrato lo que lo obligaría a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad; en ese sentido, la entidad alega que en un Concurso Oferta, es el mismo contratista que desarrolla el proyecto y lo ejecuta; por lo tanto, según la entidad corresponde al contratista asumir económicamente los errores que posteriormente se adviertan en el Expediente Técnico.



A fin de acreditar sus argumentos, la entidad cita lo dispuesto en las Opiniones N° 017 y 041-2011/DTN, del 08 de febrero y 15 de abril de 2011, emitidos por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, las cuales a decir de la entidad, establecen que si durante la ejecución de un Contrato de Obra celebrado bajo la modalidad de Concurso Oferta el contratista solicita la ampliación del plazo contractual, se aplicarán las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan la prestación respecto de la cual solicita la ampliación, en ese sentido ello implica que, cuando se solicite la Ampliación del plazo para la elaboración del expediente técnico, deben observarse las disposiciones del Artículo 175 del Reglamento, las que establecen las causales y procedimiento de ampliación de plazo para



servicios en general, incluidos los servicios de Consultoría de Obra; sin embargo cuando se solicite la Ampliación del Plazo para la ejecución de la obra, deben observarse las disposiciones de los Artículos 200 y 201 del Reglamento, los que establecen las causales y procedimiento de ampliación de plazo durante la ejecución de una obra, respectivamente.

Del mismo modo, la Entidad señala que si durante la ejecución de un contrato de obra celebrado bajo la modalidad de concurso oferta el contratista solicita la aprobación de prestaciones adicionales, debe distinguirse entre el procedimiento aplicable y el límite hasta el cual puede aprobarse directamente la ejecución de dichas prestaciones; así, en observancia de la regla general establecida en el punto 2.1.2 de la citada opinión, el procedimiento para la Aprobación de la Ejecución de prestaciones adicionales será el establecido en las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que resulten acordes a la naturaleza de la prestación respecto de la cual se solicita la ejecución de prestaciones adicionales.

De esta manera, la Entidad advierte que para la elaboración del Expediente Técnico, el procedimiento para la aprobación de prestaciones adicionales que debe observarse, es el establecido en el Artículo 174 del Reglamento; en cambio, durante la ejecución de la obra, el procedimiento que debe observarse es el establecido en el artículo 207 del Reglamento.

Asimismo, la entidad señala que se debe tener en consideración los artículos 174° y 207° del Reglamento los cuales establecen límites distintos hasta los que la Entidad (Municipalidad distrital de Cerro Colorado) puede aprobar directamente la ejecución de prestaciones adicionales.

En tal sentido, la Entidad señala que la aprobación de prestaciones adicionales para la elaboración del Expediente Técnico, deben observarse las disposiciones contenidas en el artículo 174° del Reglamento de Contrataciones con el Estado; sin embargo, el límite hasta el cual la

Entidad, podrá aprobar estas prestaciones, es el establecido en el Artículo 207 del Reglamento de Contrataciones; es decir, el quince por ciento (15%) del monto original de la prestación consistente en la elaboración del expediente técnico.

En relación a la Primera Pretensión Subordinada a los literales A, B Y C, donde la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado señala que, en su momento, el Contratista demandante ha suscrito un contrato para ejecutar una obra bajo la modalidad del Concurso Oferta debiendo recordar que en este tipo de contratos la entidad convocó a una licitación para la elaboración del expediente y la ejecución de la obra que consiste o tiene como finalidad la construcción de un drenaje pluvial dentro del Distrito de Cerro Colorado; por lo tanto si era necesario en su momento cambiar el trazo de las tuberías de desagüe pluvial para cumplir con la finalidad del contrato, estos trabajos deben ser asumidos sin objeción por el contratista pues es evidente que el Contratista demandante. A decir de la entidad, el contratista tenía la obligación que cumplir con el objeto del Contrato, estando bajo su cargo todas las acciones necesarias para alcanzar la finalidad del mismo.



En relación a la Segunda Pretensión Subordinada de los literales A, B Y C, la entidad señala que se debe considerar, que las causales para la Aprobación de las denominadas Ampliaciones de Plazo, se encuentran contenidas en el Artículo 200 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así pues dicha parte establece que la falta de libre disponibilidad de terreno ha sido responsabilidad del Consorcio Cerro Colorado Pluvial como contratista y no se enmarca dentro de ninguna de las causales de ampliación de plazo siendo su responsabilidad el incumplimiento del plazo contractual. Sin embargo, para la entidad, debido a que el contratista Consorcio Cerro Colorado Pluvial fue quien elaboró el Expediente Técnico, dicha parte debió prever en la elaboración de Expediente los problemas de ejecución por lo que no corresponde posibilidad de que el contratista solicite ampliaciones de plazo por estos supuestos.



**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

En relación a la Tercera Pretensión Principal, la entidad señala que mediante Carta N° 107-2014-SUPERVISIONES -GIDU-MDCC, el Jefe del Área de Supervisiones, Ing. Javier Palacios Seira, deniega la Ampliación de Plazo N° 02; por lo que a decir de la entidad tomando en consideración el artículo 201º del reglamento, en su momento la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado se ha pronunciado dentro del plazo de 14 días, en relación a la Solicitud de la Ampliación de Plazo N° 02, denegando la misma conforme como lo estipula la ley, por lo que no procede el pedido de la contratista al no configurarse el silencio administrativo positivo que aduce el Contratista.

En relación a la Primera Pretensión Alternativa a la Tercera Pretensión Principal, la entidad señala que el artículo 201º del Reglamento regula los aspectos relacionados con el procedimiento de ampliación de plazo; entre estos el plazo con el que cuenta la Entidad para pronunciarse sobre la solicitud de ampliación formulada por el contratista, y la Municipalidad sí expresa su opinión sobre la solicitud de ampliación del plazo contractual. La Entidad, señala que mediante Carta N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, se denegó la ampliación, por parte de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, el cual ha sido debidamente notificado con fecha 07-02-2014 al contratista, Cerro Colorado Pluvial; por lo que, a criterio de dicha parte, no habría ninguna causal de nulidad, como se pretende por parte de la demandada.

En relación a la Primera Pretensión accesoria a la Tercera Pretensión Principal; la entidad señala que la libre disponibilidad de terreno se ha producido por error e inoperancia del consorcio al momento de la elaboración del Expediente Técnico, pues la entidad considera que en un Concurso Oferta es el contratista el proyectista y ejecutor por lo tanto corresponde al contratista asumir económicamente los errores que posteriormente se adviertan en el expediente técnico; la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado considera que el contratista ha debido prever en la etapa de elaboración del Expediente Técnico la libre disponibilidad del

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

terreno, por lo que es su responsabilidad cumplir con los plazos contratados caso contrario será causal de ser penalizado.

En cuanto a la Cuarta Pretensión Principal la entidad señala que con fecha 20 de febrero del 2014, mediante Resolución de Gerencia N° 156-2014-MDCC, la Gerencia de Infraestructura y Desarrollo Urbano, ha denegado la Ampliación de Plazo N° 03. Así pues, la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, señala que se ha pronunciado dentro del plazo de 14 días, sobre la Solicitud de Ampliación de plazo N° 03, la cual la entidad señala ha sido denegada conforme lo estipula el aludido Reglamento.

En relación a la Primera Pretensión Accesoria a la Cuarta Pretensión Principal, la entidad señala que la libre disponibilidad física del terreno es una responsabilidad del contratista, por lo que la causal de falta de disponibilidad física del terreno por caso fortuito o fuerza mayor no se configura. Asimismo, la entidad agrega que en caso el contratista incurra en errores al elaborar el Expediente Técnico, no sería razonable que dichos errores en el Expediente (más aún cuando se trata de un contrato bajo el sistema de suma Alzada) den lugar a prestaciones adicionales.

En relación a la Quinta Pretensión Principal, la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado señala que es la propia contratista quien habría elaborado el expediente técnico y según la normatividad de obras de saneamiento es cuestionable su pretensión por cuanto no es posible observar una fuga en algún punto del tramo de su ejecución puesto que la tubería habría sido instalada previamente a la supervisión. En relación a la Primera Pretensión Subalterna a la Quinta Pretensión Principal; la entidad señala que es potestad de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, el hacer y elaborar informes para garantizar la buena ejecución de la Obra encargada, hechos que no se encuentran prohibidos en la legislación especializada como es la Ley y Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; por lo tanto la Entidad señala que puede ordenar a través de la Supervisión

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio**

que las zanjas deben seguir el procedimiento constructivo indicado por la Entidad.

En relación a la Sexta Pretensión Principal, la entidad manifiesta que el Dictamen N° 005-2013-COMISION CALIFICADORA señala que la tubería a colocarse es la HDPE en la Subcuenca III y Subcuenca V, agrega además la entidad, que dicho dictamen ha sido el documento en que se basa la RESOLUCIÓN DE GERENCIA N° 072-2013-GM-MDCC, que aprueba el Expediente Técnico; por lo que posteriormente con Carta N° 022-2014-CONCORDIA-SE, de fecha 29-01-2014, es la propia Supervisión quien comunicó al contratista Consorcio Cerro Colorado Pluvial, el cambio de las tuberías de los colectores N° 03 y N° 05 son de TUBERÍA HDPE PERFILADA, ello en mérito al Estudio de Factibilidad que según la propia Municipalidad entregó al contratista para su cumplimiento que indicaba tuberías HDPE.

En relación a la Primera Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal, la entidad señala que el Dictamen N° 005-2013-COMISIÓN CALIFICADORA, resulta ser vinculante para la ejecución de la obra, porque a decir de la demandada es el dictamen que en su momento aprobó la Comisión calificadora del Expediente Técnico.

En relación a la Séptima Pretensión Principal, la entidad señala que el Calendario de Avance de Obra Valorizado Actualizado y la programación PERT CPM ha debido ser convalidada mediante Resolución emitida por la Entidad, lo que no se produjo, por lo tanto, a decir de dicha parte el documento presentado por el Contratista no tiene validez ni es vinculante para el contrato.

Asimismo, la entidad precisa que, en relación a los terrenos en los que el consorcio indica la falta de libre disponibilidad física, no es razonable que esa responsabilidad pueda ser atribuida ni menos aún imputable a la Municipalidad distrital de Cerro Colorado, por el contrario, la entidad señala que siendo que el contratista, Consorcio Cerro Colorado el que diseño el

Expediente Técnico de la Obra, le correspondía que en la etapa de ejecución de obra efectúe las coordinaciones correspondientes con el Gobierno Regional de Arequipa, con la finalidad de ejecutar los trabajos en estos tramos; no resalta la entidad que dicho tramo no se encontraba en ejecución al momento de reclamar el contratista la libre disponibilidad de terreno.

Asimismo, respecto al hecho de que los terrenos por los que el contratista, sustenta la falta de libre disponibilidad física de terreno ubicados en el Tramo Buzón BI-9 y el Buzón BI-12, Pasaje La Libertad, perteneciente a la Subcuenca N° 2, la entidad señala que si se presentó oposición a las obras, la contratista conocía ello al momento de la elaboración del expediente técnico debiendo el mismo contratista resolver dichas oposiciones adoptando las acciones necesarias para superar dichos imprevistos, reitera la entidad que fue el contratista quien elaboró el Expediente Técnico de la Obra.

Por otro lado, la entidad señala que se debe considerar que mediante el Informe N° 06-2013-CONCORDIA-LRCS/SE, la Supervisión otorgó y aprobó al contratista la solución técnica y los planteamientos para obtener la libre disponibilidad de terrenos en esta área, así pues la Municipalidad distrital de Cerro Colorado indica que a través de su supervisión dio la libre disponibilidad de terreno al contratista.

Asimismo la entidad señala que corresponde al contratista, Cerro Colorado Pluvial, en la etapa de ejecución de obra efectuar las coordinaciones con el Gobierno Regional de Arequipa, a fin de ejecutar los trabajos en estos tramos; por lo que, se concluye de manera contundente que no es responsabilidad de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado la libre disponibilidad física del terreno por ser un Concurso Oferta.

La entidad señala, no es su responsabilidad, la libre disponibilidad física del terreno por ser un Concurso Oferta, así mismo, en relación al acta de

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio**

entrega de terreno, donde el Contratista demandante hizo constar presuntas observaciones que no existía libre disponibilidad de terrenos en los tramos: A.- Tramo entre el sumidero 10 y el Buzón BI-21, perteneciente a la subcuenca 2; en el Tramo Buzón BI-17 y el Buzón BI-24, perteneciente a la subcuenca 1, la Municipalidad señala que aunque el Contratista haga constar observaciones en el Acta de Entrega de Terreno, esto no obliga a la Entidad a aceptarlas, siendo por ser una obra en la modalidad de Concurso Oferta, dicha obligación resulta ser del Contratista, quien en su momento debió corregir los errores cometidos en el Expediente Técnico.

La entidad también indica que en forma oportuna mediante comunicaciones: CARTA N° 454-2013-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, CARTA N° 009-2014-CONCORDIA-SE, CARTA N° 031-2014-CONCORDIA-SE, Carta N° 045-2014-SUPERVISIONES -GIDU-MDCC, Carta N° 031-2014-CONCORDIA-SE, levantó las observaciones al comunicar a la contratista, que por ser un Concurso Oferta y al haber elaborado el Contratista el Expediente Técnico, conforme al Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se entiende que la libre disponibilidad de terrenos es responsabilidad de la entidad demandante.

Del mismo modo la entidad señala que en el Acta de Entrega de Terreno, el contratista observó tan sólo 02 tramos y no los 05 que ahora, a través del objeta, por lo tanto no podría ser convalidado su pedido o aceptado como válida por parte de la entidad, agrega la entidad que el contratista a la fecha ha ejecutado más del 80% de la obra. Por otro lado la entidad precisa que la Supervisión comunicó con CARTA N° 009-2014-CONCORDIA-SE al Contratista la posición de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado; luego en el PROVEIDO N° 07921-2013-GIDU-MDCC, el cual fue de conocimiento del Contratista, se le comunicó lo siguiente: "Que la entrega de terreno se realiza al culminar el estudio de pre-inversión en la cual estuvo sustentado con declaraciones juradas y en la etapa de elaboración del Expediente Técnico, se debió realizar las acciones para sustentar los trazos y diseños definitivos."

Asimismo, la entidad señala que se debe considerar el Informe Pericial denominado: "Diagnóstico de la Obra Drenaje Pluvial elaborado por el ING. WUALTER TORREBLANCA SALINAS – Ingeniero Sanitario con CIP 11821", donde se pronuncia y sustenta la forma y debida ejecución acerca de la obra, materia del presente arbitraje, posición que es compartida por la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado en lo siguiente:

"Respecto de las Partidas 06.01.01, 06.01.02, 06.01.03, 06.01.04, 06.01.05 que se refieren al suministro de tuberías de 450 mm, 600 mm, 900 mm, 1000 mm y 1200 mm.

En la descripción, se indica que la tubería que se instale debe cumplir la NTP ISO 21138 o NTP 899.162 y la OS-060 de drenaje pluvial. Pero luego en el sub-título: Materiales a Utilizar en la partida, define que la tubería debe ser de PVC. No se respeta lo propuesto por el Estudio de Factibilidad que indica que la tubería debe ser HDPE y en todo caso, no se realiza el análisis necesario para proponer el cambio material.

Sobre este tema de cambio de material de tubería, debe verificarse si el contratista realizó las gestiones administrativas ante la supervisión y la Entidad para obtener la aprobación de dicho cambio.

Partida 07.02 Prueba Hidráulica de tubería

Aunque con deficiencias de carácter técnico, las especificaciones técnicas indican lo siguiente en cuanto a controles o pruebas de calidad: Prueba de nivelación, prueba hidráulica, prueba de reflexión, prueba neumática.

Las pruebas neumáticas se realizan de buzón a buzón; las de alineamiento y nivelación con nivel teodolito y con prueba de luz.

Los tubos que muestran fugas de agua, dice la especificación que deben ser cambiados, no permitiéndose por ningún motivo resanes y colocaciones de datos de concreto, luego se efectuara nuevamente la prueba hidráulica.

No se indica en las especificaciones técnicas cuantas pruebas se deben hacer. La buena práctica de ingeniería indica que deben ser dos: la primera de buzón a buzón con relleno protector dejando las juntas sin cubrir; la segunda con todo el relleno terminado y compactado.

DE LA VERIFICACION DE LA CALIDAD DE LA TUBERIA INSTALADA EN EL ALCANTARILLADO PLUVIAL

Con Carta N° 04-2014-GM-MDCC de fecha 16/01/2014 el Dr. Augusto Riveros Chávez Gerente Municipal de la MDCC, solicita al Ing. Oscar Anicama García Residente de Obra del Consorcio Cerro Colorado Pluvial que en el plazo de 24 horas, se remita la siguiente información sobre la Tubería instalada en obra:

- Especificaciones Técnicas de tubería y accesorios.
- Certificados de Ensayos de Control de Calidad de los lotes de tubería producidos en fabrica y que fueron remitidos a la obra.
- Guías de compra y remisión de los lotes de tuberías y accesorios.

A fecha 22/01/2014, lamentablemente el Ingeniero Residente no cumplió con atender lo solicitado, por lo que consideramos que esta inacción es una interferencia a la labor de Inspección y fiscalización que la MDCC viene realizando a la obra de drenaje pluvial. Y que para efectos del presente informe se sopesa como una actitud de rebeldía e incumplimiento a los términos del contrato en LA ENTIDAD Licitante.

IDENTIFICACION DE TUBERIA EMPLEADA EN OBRA Y CONTRASTACION CON LOS DOCUMENTOS DE CONTRATO

En obra, además de comprobar que la tubería es proveída por Nicoll Perú S.A., también se han identificado características como tipo de material, diámetro, longitud y espesor efectivo.

Al contrastar las características técnicas de la tubería instalada, con los términos de Contrato, que incluye documentos legales y técnicos,

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

se ha comprobado que el material, PVC-U de la tubería instalada no corresponde con el recomendado en el estudio de Factibilidad que es polietileno de Alta Densidad (HDPE) corrugado, de diámetro 450 mm, 600 mm, 900 mm, 1000 mm, 1200 mm.

De lo anterior se concluye que el Contratista no ha instalado la tubería señalada en el Estudio de Factibilidad habiendo realizado el cambio sin justificación alguna."

Asimismo las buenas prácticas de la Ingeniería tal como lo señala el Ing. Wualter Torreblanca indican que el procedimiento constructivo sea así:

Excavar ---- Colocar Tubería ----- Prueba hidráulica ----- Tapado ----
----- Reparación.

Esto se ha hecho de conocimiento del contratista mediante La Carta N° 103-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, emitida por la Entidad el 06-02-2014.

La Entidad señala que mediante Carta N° 062-2014-CONCORDIA-SE, la Supervisión de la Obra, en su momento recomendó al contratista demandante que las zanjas deben seguir el procedimiento constructivo indicado por la Entidad, observando los rellenos efectuados por el Contratista y que no siguen las buenas prácticas de la Ingeniería, por lo tanto - a decir de la entidad - el contratista debe ejecutar la obra según los lineamientos indicados por la Municipalidad.

Del mismo modo, la entidad señala que el Ingeniero César Amanqui Iñó, en su calidad de Gerente de Infraestructura y Desarrollo Urbano, solicita pedir una copia de la constatación realizada por el Órgano de Control Institucional, a la obra, ello para resolver el contrato de la supervisión, Consorcio Concordia, en tal sentido, mediante Informe Técnico N° 008-2014-CAI-GIDU-MDCC, de fecha 10 de enero de 2014, que va dirigido al Gerente Municipal, Abog. Augusto Rivero Chávez, en vista de las tres

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio**

constataciones de la OCI, se reitera el pedido de la contratación de un perito, a fin de determinar la calidad de la obra.

Así pues , la Entidad refiere que luego de realizado el peritaje determinaron que el relleno y compactaciones de las zanjas de la Obra con la tubería instalada no cumple con la normatividad vigente; y se ha infringido por parte del Contratista Especificaciones Técnicas y Métodos Constructivos asociados a la buena práctica de la Ingeniera de Saneamiento, al colocar losas de concreto por encima de los tubos instalados, al instalar primero la tuberías antes que los buzones de registro, hecho que se acredita con las respectivas pruebas hidráulicas en los tubos no artículos a buzones.

Según la Entidad dicho hecho está ratificado, a través de la Carta N° 016-2014-GIDU-MDCC, de fecha 20 de enero de 2014, suscrita por el Ing. Cesar Amanqui Iñó, en su calidad de Gerente de Infraestructura y Desarrollo Urbano, quien precisa, que la contratista no ha estado realizando las pruebas hidráulicas y que las que se realizaron, no cumplieron con las normas sanitarias; por otra parte, señala que respecto a la disponibilidad física del terreno, es responsabilidad de la contratista, en el entendido que fue la propia la contratista, quien elaboró el expediente técnico, y que esto no se debe considerar como vicio oculto,

Asimismo, la entidad refiere que se debe considerar la OPINIÓN N° 073-2012/DTN, expedida por la OSCE; que entendemos deben ser de obligatorio cumplimiento al ser un criterio vinculante; donde se ha establecido que a cada una de las prestaciones de un contrato celebrado bajo la modalidad de Concurso Oferta se le aplicarán, en principio, las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que sean compatibles con su naturaleza.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Determinar si corresponde o no reconocer que para alcanzar la finalidad del contrato, la entidad debe entregar al contratista la libre disponibilidad física del terreno en las siguientes áreas donde se ejecuta la obra:

A.- Tramo entre el sumidero 10 y el buzón BI-21, perteneciente a la sub cuenca 2.

B.-Tramo Buzón BI-17 y el Buzón BI-24, perteneciente a la sub cuenca 1.

C.-Tramo Buzón BI-9 y el Buzón BI-12, perteneciente a la sub cuenca 2 al haberse presentado oposición de las obras por parte de vecinos del lugar al trazo por donde se ejecuta la obra.

D.- Áreas del sector donde se ejecutará la estructura de descarga de la sub cuenca1, debido a que en ese lugar se vienen ejecutando trabajos de construcción del Gobierno Regional de Arequipa.

E.- Tramo entre el sumidero 22 y el buzón BI-38, de la sub cuenca 2, de la Av. Circunvalación, debido a que en ese lugar se vienen ejecutando trabajos de construcción del Gobierno Regional de Arequipa."

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

En primer lugar este Colegiado considera conveniente establecer cuál es la finalidad del contrato, y a partir de ello, determinar si la entidad debe entregar al contratista la libre disponibilidad física del terreno. Para tal efecto, este Tribunal Arbitral considera conveniente determinar la noción de contrato de obra bajo la regulación de las normas de contratación pública.

En tal sentido, el Contrato materia de Litis establece que se regirá por la normativa de contratación pública vigente; sin perjuicio de ello, a efectos de realizar un análisis normativo integral, el Tribunal Arbitral estima necesario tener a vista lo dispuesto por el Artículo 1351º del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

"Artículo 1351º.- Noción de Contrato

El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

Asimismo, el Artículo 1402º del mismo cuerpo normativo expresa:

"Artículo 1402º.- Objeto del contrato

El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones".

Las normas jurídicas invocadas, permiten a este Tribunal Arbitral concluir que el Contrato consiste en un acuerdo arribado entre dos partes, con el propósito de poner en movimiento una relación jurídica sustantiva generadora de obligaciones, ya sea creándola, regulándola, modificándola o extinguiéndola.

La doctrina también se ha pronunciado respecto del Contrato señalando que:

"Se puede definir como un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos, o más, personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden componerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o componerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral. Es el contrato, en suma, un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones relativos."⁴

El doctor Valpuesta Fernández señala que:

⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y Gullón Ballesteros. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. 1^a edición. Editorial Tecno. Madrid, 1977. Pág. 212.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

"el contrato es el instrumento que confiere el ordenamiento jurídico a los particulares para que, en ejercicio de la autonomía de su voluntad privada y mediante la concordancia entre dos o más voluntades, regulen sus derechos creando, regulando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas patrimoniales, es lógico que produzca sus efectos entre los otorgantes. Es decir, la eficacia del contrato, en cuanto creador de normas jurídicas entre particulares (privados), queda limitada a las partes que han intervenido en su celebración y los herederos de éstas por ser quienes las suceden en todos sus derechos y obligaciones; los terceros no se pueden perjudicar ni beneficiar con un contrato en el cual no son parte."⁵

Los Tribunales de Justicia de la Nación también se han pronunciado en relación al contrato sosteniendo que:

"El artículo 1351º del Código civil define el contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial y se forma por la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación que es lo que se denomina consentimiento."⁶

Por otro lado, los Artículos 1352º y 1359º señalan textualmente lo siguiente:

"Artículo 1352º.- Perfección de los Contratos

⁵ **VALPUESTA FERNÁNDEZ**, Mario Rosario: "Derecho obligaciones y contratos", Tercer Edición, Tirante Lo Blanch, Valencia, 1998, Pág. 431.

⁶ Cas. 1345-98. Lima. Sala Civil de la Corte Suprema. El PERUANO, 20-01-1999.

Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad".

*"Artículo 1359.- Conformidad de Voluntad de Partes
No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria".*

Las normas citadas, hacen referencia al principio de consensualidad, que es entendido como:

"el resultado del consenso entre las partes respecto a las formas y condiciones de un negocio, de un acuerdo o compromiso. Como es obvio, sólo existe consenso cuando todas las partes integrantes de un negocio aceptan, expresan su voluntad respecto a las condiciones pactadas en él."⁷

El Estado Peruano a través de los órganos estatales encargados de administrar justicia ha señalado que:

"la voluntad constitutiva del contrato puede manifestarse por los medios que se quiera (contratos consensuales), pero hay ciertos casos en que la ley prescribe un determinado medio de manifestación, una forma, la que persigue poner en claro la voluntad, dar mayor margen a la reflexión, dificultar la manifestación de la voluntad, o asegurar la prueba del contrato, según el caso. Que en las formas del contrato se distinguen las de solemnidad de las probatorias, en que la ausencia de las primeras determinan la existencia del contrato

⁷ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., y Gullón Ballesteros. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. 1^a Edición. Editorial Tecno. Madrid, 1977. Pág.312.

mientras que las segundas pueden ser llenadas con posterioridad.”⁸. Igualmente se ha señalado que: “Nuestra legislación sustantiva en materia contractual recoge el principio del consensualismo, mediante el cual los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes. En el proceso de formación del contrato deben distinguirse dos hechos distintos, la conclusión del contrato y su perfeccionamiento. La conclusión del contrato es consecuencia de las declaraciones de voluntad común o sea el consentimiento desde el momento en que la aceptación recoge la declaración contenida en la oferta, haciéndola suya y es conocida por el oferente, el contrato queda concluido, produciendo efectos.”⁹

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que:

JG

“La libertad para contratar, es la capacidad de toda persona para decidir si contratar o no y con quien contrata; y por otro lado, la libertad contractual es la capacidad de determinar el contenido de los contratos.”¹⁰.

La doctrina, en ese sentido señala que:

JG

“En ambos campos del Derecho privado y público pueden tener lugar los acuerdos de voluntad. Y si bien en el Derecho Público los acuerdos de voluntad tienen sus lógicas limitaciones, también los tienen en el Derecho privado, donde el orden público, por ejemplo, actúa como límite de la libertad contractual; en ninguno de los campos del derecho existe libertad ilimitada para contratar, en cada uno de esos campos

⁸ Exp. 451.93. Callao, Normas Legales n. 232, p. J-17.

⁹ Exp. 451-93-Callao, Normas Legales. Tomo232, Pág. J-17.

¹⁰ CAS. 764-97-CAJAMARCA, SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA .EL PERUANO, 21-01-1999.

*hay limitaciones a la libre expresión de la voluntad propias de cada rama del derecho.*¹¹

Así pues, tomando en consideración la noción de contrato contenido en nuestro sistema jurídico, este Colegiado considera que el objeto o finalidad de un contrato de obra es la propia ejecución de la obra hasta su culminación lo cual, naturalmente, genera la contraprestación de parte del acreedor. Ahora bien, en un contrato regido bajo la normativa vigente de contratación pública la finalidad es la misma, así pues la Entidad buscará que se ejecute la obra que encarga al contratista, y este último requerirá la contraprestación correspondiente por la ejecución de la obra.

Es preciso hacer notar en este punto que, de acuerdo al contrato, la obligación del contratista es ejecutar la obra, mientras que la obligación principal de la Entidad es hacer efectiva la contraprestación correspondiente a favor del ejecutor de la obra.

Habiéndose determinado la finalidad del contrato, este colegiado considera conveniente establecer si corresponde a la Entidad entregar al contratista la libre disponibilidad física del terreno. Al respecto, en relación a las características técnicas de la obra a contratar, el artículo N° 13 de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

"(...) Las especificaciones técnicas deben cumplir obligatoriamente con los reglamentos técnicos, normas metrológicas y/o sanitarias nacionales, si las hubiere. Estas podrán recoger las condiciones determinadas en las normas técnicas si las hubiere. En el caso de obras, además se deberá contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutará la misma y con el expediente

¹¹ MARIENHOFF, Miguel S: Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT; 1995.PAG121.

técnico aprobado debiendo cumplir con los requisitos establecidos en el reglamento. (...)” (Subrayado agregado)

De lo citado este colegiado aprecia fehacientemente que el área usuaria, al plantear su requerimiento, debe describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, detallada en el expediente técnico y, en el caso de obras se debe contar con la disponibilidad física del terreno en el que se ejecutará la referida obra.

Sin embargo, este colegiado considera necesario determinar que se entiende por libre disponibilidad física del terreno, en tal sentido, la Dirección Técnica Normativa DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE al respecto ha señalado en la opinión OSCE Nº 122-2009/DTN lo siguiente:

"2.1 De acuerdo con el artículo 13º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto legislativo N° 1017, en adelante la Ley, el área usuaria, al plantear su requerimiento, debe describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, la que en el caso de la ejecución de obras se encuentra detallada en el expediente técnico. El mismo artículo señala que en estos casos es necesario, además, que la entidad cuente con la disponibilidad física del terreno.

Debe tenerse presente que, con esto último, la norma pretende evitar que la ejecución de una obra se vea retrasada por la imposibilidad de contar con el terreno sobre el que esta se ejecutará.

2.2 En atención a lo anterior, corresponde determinar que debe entenderse por disponibilidad. Al respecto, Cabanellas define la disponibilidad como la condición o calidad de lo que

cabe emplear o adjudicar con libertad¹²; mientras que define disponible como lo susceptible de libre empleo o atribución¹³, es decir, aquel bien del que se puede disponer libremente o se encuentra listo para usarse o utilizarse, debiendo entenderse por disponer de un bien no solo a la capacidad de gravarlo o enajenarlo sino a la capacidad de determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con dicho bien.

(...)

2.4 De todo lo anterior, podemos concluir que aquello que resulta relevante para entender cumplida la obligación prevista en el artículo 13º de la Ley es que la entidad cuente con poder legal suficiente para determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con el terreno en el que se ejecutará una obra.

2.5 Ahora bien, de acuerdo con la Ley N° 27628, Ley que facilita la ejecución de obras públicas viales, cuando deba efectuarse una obra vial y el trazo de la vía afecte terrenos de terceros, estos deben ser adquiridos por trato directo entre la entidad ejecutora o el concesionario y los propietarios o poseedores, o conforme al procedimiento establecido en la Ley General de Expropiaciones. Para ello, resulta necesario que la entidad identifique a quienes tengan derecho suficiente para disponer de dichos bienes por contar con poder jurídico suficiente para ello.

2.6 Sin embargo, en concordancia con lo manifestado precedentemente, en tanto se adquieran, para que la entidad cuente con la disponibilidad física de dichos terrenos no resulta indispensable que sea propietaria de ellos, sino que quienes

¹² Cabanellas de Las Cuevas, Guillermo. Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo 3.

¹³ Ibidem

sean titulares del poder jurídico que permite determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con ellos, ceda, a través de un título válido, dicho poder a la entidad.

CONCLUSIONES

- 3.1 *Debe entenderse que una entidad cuenta con la disponibilidad física del terreno en la que se ejecutará una obra desde el momento en que cuente con poder legal suficiente para determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con dicho terreno, lo cual no implica, necesariamente, la transferencia de la propiedad.*
- 3.2 *El poder jurídico que permite determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con el terreno en el que se ejecutará una obra, debe ser cedido a la entidad, mediante título válido, por su titular."*

Tomando en consideración opinión OSCE Nº 122-2009/DTN debemos precisar que una entidad cuenta con la disponibilidad física del terreno en la que se ejecutará una obra desde el momento en que cuente con poder legal suficiente para determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con dicho terreno, lo cual no implica, necesariamente, la transferencia de la propiedad.

Ahora bien, la propia opinión OSCE Nº 122-2009/DTN citando a Cabanellas define la disponibilidad como la condición o calidad de lo que cabe emplear o adjudicar con libertad; y disponibilidad es lo susceptible de libre empleo o atribución, es decir, aquel bien del que se puede disponer libremente para su utilización y por su puesto determinar las acciones que se realizarán en dicho bien.

En este punto de análisis, si bien es cierto se puede determinar de manera clara que la responsabilidad de entregar la libre disponibilidad del terreno para la ejecución de la obra corresponde a la entidad, este colegiado considera conveniente profundizar en el análisis considerando lo dispuesto en la Directiva General del Sistema Nacional de Construcción aprobada mediante Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.01, la cual establece lo siguiente:

"Artículo 8.- Funciones y responsabilidades de la Oficina de Programación e Inversiones (OPI)

(...)

h. Declara la viabilidad de los PIP o Programas de Inversión cuyas fuentes de financiamiento sean distintas a operaciones de endeudamiento y otras que conlleve el aval o garantía del Estado. En el caso de los Gobiernos Regionales Y Gobiernos Locales, la OPI solo está facultada para evaluar y declarar la viabilidad de los PIP o Programas de Inversión que formulen las UF pertenecientes o adscritas a su nivel de gobierno.

Artículo 9.- Funciones y responsabilidades de la UF

(...) f. Verificar que se encuentra con el saneamiento físico legal correspondiente o se cuenta con los arreglos institucionales respectivos para la implementación del PIP, cuando corresponda, a efectos de asegurar la sostenibilidad del PIP.

(...)

6. Anexos (...) incluir la información que sustente o detalle los puntos considerados en este estudio. A efectos de la evaluación preliminar del impacto ambiental del PIP incluir: Copia de habilitaciones correspondientes y documentación que acredite zonificación y saneamiento físico legal."

Como podemos apreciar, la viabilidad del proyecto está sujeta a la competencia de la Oficina de Programación e Inversiones (OPI), la misma

que evalúa y declara la viabilidad de aquellos proyectos formulados por la denominada UNIDAD FORMULADORA. Ahora bien, la Unidad Formuladora, dependiente de la Entidad, en este caso la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, verifica el saneamiento físico legal, que como hemos señalado precedentemente corresponde a verificar la disponibilidad física del terreno, es decir que la Entidad debe contar con poder legal suficiente sobre el o los terrenos donde se ejecutará la obra, antes de establecer la viabilidad del proyecto. No obstante ello, se ha verificado que la Entidad determinó la viabilidad de los terrenos.

Entonces, este colegiado advierte claramente que, de conformidad con la Opinión OSCE antes citada y la normativa aplicable vigente, es responsabilidad de la Entidad para el caso de obras, verificar y contar con la disponibilidad física del terreno, refiriéndonos por ello al poder jurídico para disponer determinar o ceder a través de un título válido que lo faculte irrefutablemente. Resulta lógico además que quien encarga la construcción de una obra determine dónde se construirá esta y otorgue al ejecutor las facilidades para el cumplimiento de la finalidad del contrato, más sin embargo cabe la posibilidad de que las partes pacten que sea el ejecutor quien se encargue del saneamiento y obtención de títulos válidos en el lugar donde se ejecutara la obra.

Al respecto, el artículo 153º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

"La entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución de las obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de éstas correrá a cargo del contratista"

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 153º ante citado, se advierte que la Entidad se responsabiliza de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución de las

obras, a menos que ello haya sido estipulado en las bases que estará a cargo del contratista. Sin embargo, de la revisión de las bases y de lo señalado por las partes a lo largo del proceso arbitral no se advierte que el saneamiento físico legal (libre disponibilidad de terreno mediante títulos válidos para la efectiva utilización de los terrenos) esté a cargo del contratista (Consorcio Cerro Colorado Pluvial), más aún si se advierte que no existe partida o contraprestación alguna fijada por dicho trabajo, y mucho menos un adicional de obra por el referido concepto.

A decir del Consorcio, la Entidad nunca consideró en su estudio de factibilidad, bases, Estructura de Costos o adicional que el Contratista tenga a su cargo todos los gastos que se incurra por el Saneamiento Físico Legal y la disponibilidad del terreno para la Obra. Al respecto, conforme se ha indicado anteriormente, este Colegiado tomando en consideración las instrumentales presentadas y los argumentos esbozados a lo largo del proceso arbitral, advierte que no existe documento alguno donde la Entidad traslade la responsabilidad antes señalada al contratista, por lo que es la propia Entidad quien asume la obligación (establecida en la norma) de verificar y obtener el poder jurídico de la libre disponibilidad de el o los terrenos donde se ejecuta la obra, y por lo tanto, de acuerdo a la normativa, todos los gastos que ello conlleve deben ser asumidos por la Entidad.

Ahora bien, corresponde determinar si la Entidad entregó o no al contratista la libre disponibilidad física del terreno en los tramos que indica el demandante, en tal sentido de una revisión de los documentos presentados tenemos que la Supervisión tenían conocimiento de la falta de libre disponibilidad de terrenos. Así pues los Asientos de obra siguientes acreditan el conocimiento de la supervisión de la falta de disponibilidad:

- Asiento nº 036, del residente de obra, 17 – setiembre – 2013;
- Asiento nº 040, del residente de obra, 21 – setiembre-2013;
- Asiento nº 041 de la supervisión, 21 - setiembre – 2013;
- Asiento nº 47, del residente de obra, 26 – setiembre – 2013;

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio**

- Asiento nº 049 del residente de obra, 27 - setiembre – 2013;
- Asiento nº 55 del residente de obra, 03 – octubre – 2013;
- Asiento nº 073 del residente de obra, 28 octubre2013;
- Asiento nº 080 del residente de obra, 4-noviembre-2013;
- Asiento nº 081 del supervisor de obra, 05-noviembre-2013;
- Asiento nº 083del supervisor de obra, 07-noviembre-2013;
- Asiento nº 091del supervisor de obra, 15-noviembre-2013;
- Asiento nº 097 del supervisor de obra, 22-noviembre-2013;
- Asiento nº 101de la supervisión de obra, 27-noviembre-2013,
- Asiento nº 108del residente de obra, 07-noviembre-2013;
- Asiento nº 109 del supervisor de la obra, 07-diciembre-2013;
- Asiento nº 152 del residente de obra, 18-enero-2014;
- Asiento nº 153 del supervisor de obra, 18-enero-2014;
- Asiento nº 193 del residente de obra, 14-febrero-2014.

Del mismo modo, de las instrumentales presentadas se advierte que las cartas emitidas por el Consorcio y la Supervisión donde demuestra el conocimiento de la Entidad de la falta de libre disponibilidad física de terrenos:

- Carta Notarial emitida por Tomas Vera Alarcón (ANEXO 02 de la demanda arbitral),
- Carta Notarial emitida por Romualdo Umasi Huisa (ANEXO 03 de la demanda arbitral),
- Carta Notarial emitida por Ronald Vera Medina (ANEXO 04 de la demanda arbitral),
- Carta Notarial emitida por Juana Quispe Quispe (ANEXO 05 de la demanda arbitral),

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

- Carta Notarial emitida por Ladrilleras El Diamante (ANEXO 06),
CARTA N° 042-2013-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO 07 de la demanda arbitral),
- CARTA N° 043-2013-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO 08 de la demanda arbitral), CARTA N° 047.1-2013-
OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL(ANEXO 09 de la
demanda arbitral),
- CARTA N° 047.2-2013-
OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL(ANEXO 10 de la
demanda arbitral),
- CARTA N° 055-2013-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO 11 de la demanda arbitral),
- CARTA N° 062-2013-CONCORDIA-SE(ANEXO 12 de la demanda
arbitral)de la demanda,
- CARTA N° 480-2013-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC (ANEXO 13 de la
demanda arbitral),
- CARTA N° 069-2013-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO 14 de la demanda arbitral), CARTA N° 164-2013-
CONCORDIA-SE (ANEXO 15 de la demanda arbitral)
- CARTA N° 009-2014-CONCORDIA-SE(ANEXO 16 de la demanda
arbitral),
- CARTA N° 454-2013-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC (ANEXO 17 de la
demanda arbitral),
- CARTA N° 031-2014-CONCORDIA-SE (ANEXO 18 de la demanda
arbitral)

Por otro lado este colegiado advierte las constataciones policiales siguientes:

- Carta N° 37-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO 23)

- Carta N° 36-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO 24)
- Carta N° 35-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO 25)
- Carta N° 34-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO26)
- Carta N° 31-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO27)
- Carta N° 30-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO28)
- Carta N° 29-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
- Carta N° 28-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO 29)
- Carta N° 106-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO 31-A)
- Carta N° 22-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO32)
- Carta N° 21-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
- Carta N° 20-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO33)
- Carta N° 19-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
- Carta N° 18-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO 34)
- Carta N° 17-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
- Carta N° 16-2014-OF.AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL
(ANEXO 35)

Asimismo, la Supervisión y la Entidad han tenido conocimiento de la falta de libre disponibilidad de los terrenos conforme se advierte de las siguientes cartas:

- Carta N° 071-2013/CIYSAC, (ANEXO 36 de la demanda arbitral),
- Carta N° 045-2014-SUPERVISIONES -GIDU-MDCC, (ANEXO 40 de la demanda arbitral),
- Carta N° 031-2014-CONCORDIA-SE, (ANEXO 41 de la demanda arbitral).

Del mismo modo, en la Entrega de Terreno se observó la falta de libre disponibilidad de terreno conforme se advierte del Acta de Entrega de Terreno (ANEXO 41-A de la demanda arbitral).

En este punto es necesario señalar primero, que ninguna de las partes se ha opuesto o ha tachado las instrumentales presentadas; en ese sentido, este colegiado advierte que las pruebas aportadas por la Entidad son las siguientes:

"El propio texto y anexos del Escrito de Demanda Arbitral presentado por el consorcio Cerro Colorado Pluvial.

Informe Pericial denominado Diagnóstico de la Obra Drenaje Pluvial elaborado por el ING. WUALTER TORREBLANCA SALINAS.

Licitación pública Bases integradas 01 archivador.

Expediente Administrativo de la Licitación Pública N° 003-2013-MDCC.

Tomos I y II de planos de Estudio de Factibilidad. 01 archivador"

Se puede advertir que la propia Entidad ofrece como medios probatorios aquellas instrumentales presentadas por el Contratista en su escrito de demanda y que obran en autos, por lo que no existe controversia frente a las cartas cursadas y documentos presentados.

En ese sentido, como se ha indicado anteriormente, la Entidad NO consideró en las bases integradas ni en el contrato el traslado de la responsabilidad de la tramitación de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y similares, al contratista en los tramos materia de la controversia, tal como lo define el Artículo N° 153 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que señala que la Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y similares; por lo tanto, este colegiado determina que no era obligación del contratista el efectuar ninguna tramitación que implicaría el conseguir la libre disponibilidad física de los terrenos. Razón por la cual este tribunal Arbitral determina que los documentos antes citados demuestran con total claridad la falta de libre disponibilidad de terreno; y por otro lado, demuestran que el Consorcio puso en conocimiento tanto del supervisor como de la Entidad, de manera documental, que efectivamente no existía libre disponibilidad de los terrenos donde se ejecutaría la obra.

Del mismo modo, este colegiado advierte que el contratista, mediante las cartas notariales de los propietarios Carta Notarial emitida por Tomas Vera Alarcón (ANEXO 02 de la demanda), Carta Notarial emitida por Romualdo Umasi Huisa (ANEXO 03 de la demanda), Carta Notarial emitida por Ronald Vera Medina (ANEXO 04 de la demanda), Carta Notarial emitida por Juana Quispe Quispe(ANEXO 05 de la demanda), ha probado la falta de libre disponibilidad de terrenos en el Sector: A.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.

Así también, el Contratista mediante la carta notarial de Ladrilleras El Diamante (ANEXO 06 de la demanda), ha probado la falta de libre disponibilidad de terrenos en el Sector: B.- TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 1.

Asimismo sobre los otros tramos: C.- TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, PASAJE LA LIBERTAD PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2, AL HABERSE PRESENTADO OPOSICIÓN DE LAS OBRA POR PARTE DE VECINOS

DE LUGAR AL TRAZO POR DONDE SE EJECUTA LA OBRA, D.- AREAS DEL SECTOR DONDE SE EJECUTARÁ LA ESTRUCTURA DE DESCARGA DE LA SUBCUENCA 1, AL ESTAR EJECUTANDO TRABAJOS DE CONSTRUCCIÓN EL GOBIERNO REGIONAL DE AREQUIPA, E.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 22 Y EL BUZÓN BI-38, DE LA SUBCUENCA 2, DE LA AV. CIRCUNVALACIÓN, el Contratista ha probado las comunicaciones de la Entidad sobre la falta de libre disponibilidad de terrenos, como se puede comprobar en los Anexos de la Demanda Arbitral N°s: 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31-A, 32, 33, 34, 35.

Sobre el Tramo C.-, el Contratista ha probado la comunicación a la Entidad de la falta de libre disponibilidad de terreno, como también obra en el ANEXO 39 de la demanda el INFORME N° 006-2013-CONCORDIA-LRCS-SE, donde la Supervisión de la obra aprueba el cambio de trazo y el establecimiento de los adicionales y deductivos correspondientes.

En relación al tramo C este colegiado considera hacer una precisión, la pretensión del Contratista define el referido tramo de la siguiente manera: C.- TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, PASAJE LA LIBERTAD PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2, AL HABERSE PRESENTADO OPOSICIÓN DE LAS OBRA POR PARTE DE VECINOS DE LUGAR AL TRAZO POR DONDE SE EJECUTA LA OBRA; al respecto el Tribunal hace la siguiente precisión, en los planos de planta el tramo comprendido entre los buzones: BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, no indica que se denomine Pasaje La Libertad, este tramo pertenece a la zona Villa Libertad, por lo que al advertirse un error material, este colegiado considera conveniente dar el tratamiento acreditado, que es Tramo: BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, perteneciente a la Subcuenca 2.

Por otro lado, es importante destacar que el no tener la libre disponibilidad física de los terrenos ha dado como consecuencia que la entidad no se pueda hacer entrega del terreno donde se ejecutarán las obras en forma completa, ello se corrobora documentalmente a través del Acta de Entrega

de Terreno donde el Contratista observó en su momento la falta de disponibilidad de los siguientes tramos:

A.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.

B.- TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 1.

Este Colegiado advierte que el Contratista, de advierte la falta de disponibilidad en el Acta de Entrega de Terreno, por lo tanto la Entidad pudo, a fin de alcanzar la finalidad del contrato, subsanar los errores advertidos en relación a la entrega de la disponibilidad física de la obra en los terrenos por donde la Entidad estableció los trazos.

Por otro lado, es necesario señalar que la Entidad alega que la obligación de obtener la libre disponibilidad física de los terrenos le correspondía al contratista por ser un contrato bajo la modalidad de Concurso Oferta, pero de la revisión de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, no existe norma que ampare este argumento. El artículo N° 40 del Reglamento de Contrataciones del Estado está referido a los sistemas de contratación, los cuales no establecen que el traslado de responsabilidad sobre la libre disponibilidad física del terreno al contratista.

La Entidad argumenta que levantó las observaciones sobre la libre disponibilidad física del terreno y se las comunicó al contratista mediante diferentes comunicaciones, y así lo señala en los argumentos que desarrolla en la contestación a la demanda arbitral conforme se indica subsiguentemente:

"3.38 Que, en ese sentido, en forma oportuna mediante las siguientes comunicaciones: CARTA N° 454-2013-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, CARTA N° 009-2014-CONCORDIA-SE, CARTA N° 031-2014-CONCORDIA-SE, Carta

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

Nº 045-2014-SUPERVISIONES -GIDU-MDCC, Carta Nº 031-2014-CONCORDIA-SE, la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado levantó dichas observaciones al comunicar a la contratista, Consorcio Cerro Colorado Pluvial, que por ser un Concurso Oferta y al haber elaborado el Contratista el Expediente Técnico, conforme al Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se entiende que la libre disponibilidad de terrenos es responsabilidad de la entidad demandante."

Al respecto, el Tribunal Arbitral teniendo a vista dichas comunicaciones considera pronunciarse señalando lo siguiente:

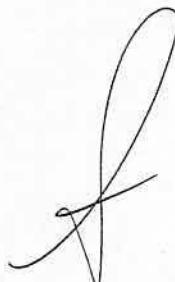
CARTA Nº 454-2013-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, (ANEXO 17 de la demanda arbitral), indica que el Contrato es Concurso Oferta, y que la modificación de trazo debe ser firmada por los profesionales correspondientes y la supervisión.



CARTA Nº 009-2014-CONCORDIA-SE, (ANEXO 16 de la demanda arbitral), la supervisión comunica al Contratista que los cambios o modificaciones se deben remitir a Supervisión y que deben estas firmados por los profesionales correspondientes.

CARTA Nº 031-2014-CONCORDIA-SE, (ANEXO 18 de la demanda arbitral), la supervisión comunica al Contratista que la entidad solicita evaluación de la modificación de la Estructura de Descarga y que por ser Concurso Oferta no corresponde Adicional de obra.

Carta Nº 045-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, (ANEXO 40 de la demanda arbitral), la Entidad comunica a Supervisión que



**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio**

evalúe la modificación de la Estructura de Descarga y que por ser Concurso Oferta no corresponde Adicional de obra.

Conforme se puede apreciar lo indicado por la Entidad, en modo alguno consiste en el sustento documental referido a levantar o subsanar la libre disponibilidad de los terrenos; simplemente la demandada se limita a señalar que por la libre disponibilidad de terreno no corresponde adicional pues la modalidad de contratación es de concurso oferta.

En relación a ello, cabe resaltar que el Tribunal Arbitral también ha revisado las Opiniones OSCE N° 017 y 041-2011/DTN del 08 de febrero y 15 de abril del 2011, y la 072-2012/DTN, que se indican en el numeral 3.41.- y 4.4.-, de la contestación de la demanda, las cuales según la Entidad son vinculantes y se deben tener en cuenta respecto de la libre disponibilidad de terrenos que dan como consecuencia modificaciones al contrato. Al respecto, este Colegiado considera conveniente señalar en primer lugar que ninguna de las 03 opiniones es vinculante, pues el Tribunal Arbitral tiene protestad jurisdiccional absoluta de carácter irrevocable y definitiva, jurisdicción otorgada por mandato de la Ley, y a la cual las partes se han sometido, pudiendo, en razón de las particularidades del caso concreto, alejarse de las opiniones.

Al respecto, este Colegiado advierte que ninguna de las conclusiones de las 03 opiniones OSCE señaladas se contradice con lo pedido por el Contratista, por el contrario dichas opiniones a juicio de este colegiado apoyan la tesis del demandante.

La opinión 017-2011/DTN señala lo siguiente:

"CONCLUSIONES

En el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, el concurso oferta es la modalidad de ejecución contractual en la cual el

postor no solo deberá ofertar la elaboración del expediente técnico, sino también la ejecución de la obra y, de ser el caso, brindar el terreno.

Para contratar una obra bajo la modalidad de concurso oferta es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones: (i) que el objeto contractual corresponda a la ejecución de una obra; (ii) que el sistema de contratación sea a suma alzada; y (iii) que el valor referencial corresponda al de una licitación pública.

De acuerdo con el numeral 2) del artículo 41º del Reglamento, para el inicio de la ejecución de la obra es requisito que el expediente técnico haya sido elaborado y aprobado en su integridad.

La aplicación supletoria de una de las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado a alguna de las disposiciones del Decreto de Urgencia N° 032-2009, presupone realizar un análisis comparativo de ambas disposiciones, a efectos de determinar si resultan compatibles."

Como se puede apreciar, la modalidad de ejecución contractual Concurso Oferta no importa necesariamente que sea la contratista la encargada de generar la libre disposición de terrenos y correspondiente saneamiento físico legal, pues en principio ello es responsabilidad de la Entidad, conforme lo dispuesto en la normativa vigente y que ha sido materia de análisis en los párrafos precedentes del presente laudo. Ahora bien, se debe recalcar que la Entidad puede pactar que el contratista efectúe el saneamiento físico legal, sin embargo esto último no fue pactado por las partes, razón por la cual contractualmente la obligación de la Entidad consistía en la entrega de la libre disponibilidad de los terrenos. Por otro lado, este Colegiado considera conveniente aclarar a las partes que la aprobación de prestaciones adicionales no está condicionada a la modalidad de ejecución contractual.

Así pues la Opinión 072-2012/DTN, expresa lo siguiente:

"Asimismo, cuando se solicite que la Entidad apruebe directamente la ejecución de prestaciones adicionales para la ejecución de la obra, deben observarse las disposiciones del artículo 207 del Reglamento, siendo el límite para la aprobación las prestaciones adicionales el quince por ciento (15%) del monto original de la prestación consistente en la ejecución de la obra."

Por todo lo expuesto, este Colegiado declara FUNDADO el primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la demanda; en consecuencia, DECLÁRESE que es responsabilidad de la Entidad el obtener y entregar al Contratista la libre disponibilidad física del terreno en los tramos:

- A.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.
- B.- TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 1.
- C.- TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, SUBCUENCA 2
- D.- AREAS DEL SECTOR DONDE SE EJECUTARÁ LA ESTRUCTURA DE DESCARGA DE LA SUBCUENCA 1.
- E.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 22 Y EL BUZÓN BI-38, DE LA SUBCUENCA 2, DE LA AV. CIRCUNVALACIÓN.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no establecer que las demoras en la entrega de terreno de las áreas y/o sectores indicadas en la primera pretensión principal son causales de ampliación de plazo mientras no se tenga la libre disponibilidad física del terreno.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Previo a analizar el presente punto controvertido, cabe precisar que la misma ha sido planteada a manera de pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal de la demanda; en ese sentido, este Tribunal Arbitral considera pertinente -con fines estrictamente ilustrativos- remitirse a las normas aplicables para la acumulación de pretensiones establecidas en el Código Procesal Civil -aclarando que dicho articulado procesal no es aplicable al proceso arbitral-; concretamente, el Artículo 87º del Código Procesal Civil, señala que:

"Artículo 87.- Acumulación objetiva originaria.-"

La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás."

Al respecto, la pretensión subordinada es aquella que será revisada si la pretensión principal a la que se vincula no ha sido amparada y por tanto no corresponde pronunciamiento alguno, por lo que deviene en IMPROCEDENTE.

Sin perjuicio de ello, y únicamente con afán ilustrativo este Colegiado considera conveniente indicar que en el análisis del primer punto controvertido, este colegiado determinó que es responsabilidad de la Entidad conceder la libre disponibilidad de terreno y por ende a falta de ello, se configura la demora en la entrega de terreno al Contratista en los sectores definidos en la Primera Pretensión Principal.

Ahora bien, el artículo Art. 200º del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado señala como causales de ampliación de plazo las siguientes:

Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo

De conformidad con el artículo 41º de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
2. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.
3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobada.
4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

La causa de falta de libre disponibilidad física de los terrenos así como la demora en la entrega de terreno se ajusta perfectamente al numeral 2. Art. 200º del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado, el cual señala que es causal de ampliación de plazo los Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.

En consecuencia, la demora en la entrega de terreno por falta de libre disponibilidad del terreno en los sectores

A.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE

A LA SUBCUENCA 2.

B.- TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA

SUBCUENCA 1.

C.- TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, SUBCUENCA 2.

D.- AREAS DEL SECTOR DONDE SE EJECUTARÁ LA ESTRUCTURA DE DESCARGA DE LA SUBCUENCA 1.

Dr. Orlando La Torre Zegarra

Dr. Jorge Pedro Morales Morales

Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

E.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 22 Y EL BUZÓN BI-38, DE LA
SUBCUENCA 2, DE LA AV. CIRCUNVALACIÓN.

Se enmarca en la causal del numeral 2. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad, y por lo tanto es causal de ampliación de plazo de acuerdo al Art. N° 200 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Determinar si corresponde o no ordenar que la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado reconozca que para cumplir la finalidad del contrato resulta indispensable modificar el expediente técnico aprobando propuesta alternativa que asegura la continuidad del ducto drenaje pluvial en los siguientes sectores:

- A.-Sub-cuenca 01, Tramo 1-1, entre los buzones BI-17 - BI-24
B.- Sub-cuenca 02, Tramo entre los buzones BI-16 al BI-18
C.- Sub-cuenca 02, Tramo Buzón BI-9 - BI-12"

Mediante la presente pretensión, el Consorcio busca que la Entidad reconozca que para cumplir la finalidad del contrato resulta indispensable modificar el expediente técnico aprobando la propuesta alternativa que asegura la continuidad del ducto drenaje pluvial en los sectores que indica; en tal sentido, a fin de determinar ello este Colegiado considera conveniente determinar primero si el expediente técnico debe ser modificado por la propuesta que aseguraría la continuidad del ducto de drenaje, asegurando la finalidad de la obra.

Así pues, este Colegiado advierte que el expediente técnico fue aprobado por la Entidad mediante Resolución de Gerencia N° 072-2013-GM-MDCC. Ahora bien, en este punto cabe señalar que el Expediente Técnico aprobado contenía los trazos que la misma Entidad había definido previamente en los

estudios de Factibilidad, siendo ello así, correspondía a dicha parte (la Entidad) que la verificación de la disponibilidad de los terrenos a fin de asegurar el trazo determinado. Al respecto, en el primer punto controvertido se determinó que efectivamente la Municipalidad no entregó al contratista la libre disponibilidad física del terreno.

Al respecto, este Colegiado considera conveniente evaluar la situación en cada uno de los tramos:

Tramo: A.- SUB-CUENCA 01, TRAMO 1-1, ENTRE BUZONES BI-17 – BI-24.

Mediante asiento de cuaderno de obra Asiento N° 214, el Inspector de Obra aprobó la modificación de los trazos por la causal de falta de libre disponibilidad de terrenos en este tramo.

B.- SUB-CUENCA 02, TRAMO ENTRE BUZONES BI-16 AL BI-18

Mediante asiento de cuaderno de obra Asiento N° 214, el Inspector de Obra aprobó la modificación de los trazos por la causal de falta de libre disponibilidad de terrenos en este tramo.

C.- SUB-CUENCA 02, TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12.

En este tramo en el asiento N° 041, el Supervisor de Obra aprobó modificación de trazo por falta de libre disponibilidad física del terreno.

De los documentos que obran en autos, este colegiado advierte que la Entidad, con conocimiento y a través de la supervisión otorgó y aprobó las modificaciones a los trazos, así pues este Colegiado advierte efectivamente que la Entidad no solo tenía conocimiento de las adecuaciones al expediente técnico, sino consintió los cambios que se efectuaron. Así pues mediante sendas cartas que obran como medios probatorios en el expediente (Carta N° 17-2014-GIDU-MDCC, Carta N° 071-2013/CIYSAC, Cartas N° 573.2013-Nº SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, Carta N° 072-2013/CIYSAC), este colegiado

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

advierte que la Entidad asintió, de manera expresa y acreditada documentalmente, las modificaciones a los trazos.

Por otro lado, este Colegiado verifica que se ejecutaron los trabajos de modificación de trazo, conforme se advierte de los Asientos del cuaderno de obra: N° 264, 266, 268, 270, 272, 274, 276, 278, 280, 282, 284, 286, 288, 290, 292, 294; al respecto es importante destacar que la supervisión ni la Entidad se manifiestan en contra de la ejecución de los trabajos en los trazos indicados, consintiendo ello.

Del mismo modo, este Colegiado advierte que mediante Carta N° 017-2014-GIDU-MDCC, (ANEXO 42), la entidad ordena al contratista:

"Por otra parte y respecto a la disponibilidad física del terreno por donde pasarán las líneas de drenaje, se indica una vez más que fueron ustedes LA CONTRATISTA, quien ha tenido la responsabilidad de la Elaboración del Expediente Técnico por la modalidad de CONSURSO OFERTA, por tanto sírvase hacernos llegar en la brevedad del plazo el expediente técnico de adecuación a los nuevos trazos que ustedes están proponiendo así como las razones técnicas del porque no fueron considerados durante la elaboración del estudio definitivo indicando a su vez que NO SE GENERARAN ADICIONALES DE OBRA POR NINGUN CONCEPTO. No pretenda señalar que no estaban en la factibilidad, porque para eso existe el estudio definitivo a nivel del detalle, tampoco se trata de un vicio oculto y que fue pagado oportunamente, todo indica que es una deficiencia del Expediente Técnico."

La Entidad mediante Carta N° 017-2014-GIDU-MDCC, por un lado señala la responsabilidad de la contratista respecto de la disponibilidad física de los terrenos (lo cual ya ha sido materia de pronunciamiento de este Colegiado), y además dicha entidad solicita el expediente técnico de adecuación a los nuevos trazos propuestos, ante el requerimiento efectuado, el Contratista entregó a la Entidad mediante Carta N° 066-2014-OF-AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL, (ANEXO 43), las posibles

modificaciones al expediente técnico solicitadas en la carta anterior. La Carta N° 066-2014-OF-AQP/CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL, antes citada, no ha sido observada por la Entidad, por lo que este Colegiado entiende que la demandada consintió la disposición de los nuevos trazos propuestos, sin que ello signifique establecer responsabilidad por parte del contratista frente a la disponibilidad física del terreno.

Del mismo modo, este Colegiado aprecia que el Contratista entregó las Valorizaciones de los trabajos ejecutados a la Entidad, los cuales fueron puestos en conocimiento de la demandada, conforme se puede apreciar de la Carta N°148-2014-OF.AQP/CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL, así como del Asiento N° 296 y Asiento N° 297. Sin embargo, de la revisión documental dichas valorizaciones no fueron aprobadas ni pagadas por la Entidad, pero sí fueron conocidas por la entidad, quien tenía pleno conocimiento de ello. Así pues, en el supuesto negado de que la entidad hubiese desconocido las modificaciones a los trazos tomó conocimiento de las valorizaciones, por lo que por un mínimo de diligencia debió pronunciarse en relación a los nuevos trazos que la propia parte requirió, así como de los trabajos ya ejecutados.



En consecuencia, el Expediente técnico ya ha sido modificado en obra en los tramos: A.- SUB-CUENCA 01, TRAMO 1-1, ENTRE BUZONES BI-17 – BI-24, B.- SUB-CUENCA 02, TRAMO ENTRE BUZONES BI-16 AL BI-18, C.- SUB-CUENCA 02, TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, con la aprobación de la Supervisión de obra mediante cuaderno de obra, y en el caso del tramo C.- mediante comunicación al Contratista por parte de la Supervisión, asegurando la continuidad del ducto de drenaje pluvial.



Estando a lo indicado en los considerandos precedentes, este colegiado declara FUNDADO el tercer punto controvertido, derivado de segunda pretensión principal; en consecuencia, ORDENA que la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado reconozca que para cumplir la finalidad del contrato resulta indispensable modificar el expediente técnico aprobando



propuesta alternativa que asegura la continuidad del ducto drenaje pluvial en los siguientes sectores: A.-Sub-cuenca 01, Tramo 1-1, entre los buzones BI-17 - BI-24; B.- Sub-cuenca 02, Tramo entre los buzones BI-16 al BI-18 Y C.- Sub-cuenca 02, Tramo Buzón BI-9 - BI-12.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Determinar si corresponde o no declarar que la ejecución del Expediente técnico implica que se ejecuten nuevos trabajos diferentes a los aprobados en el Expediente Técnico de Contrato, siendo potestad del Contratista ejecutarlos."

Cabe precisar que el cuarto punto controvertido ha sido planteado como pretensión subordinada a la segunda Pretensión Principal de la demanda; en ese sentido, este Tribunal Arbitral considera pertinente remitirse a las normas aplicables para la acumulación de pretensiones establecidas en el Código Procesal Civil que señala que la pretensión subordinada es aquella que será revisada si la pretensión principal a la que se vincula no ha sido amparada; por tanto, al haberse amparado la pretensión principal no corresponde pronunciamiento alguno respecto del presente punto controvertido por lo que deviene en IMPROCEDENTE.

Sin perjuicio de ello, y únicamente con fines estrictamente ilustrativos este Colegiado considera conveniente indicar que, si bien es cierto es potestad del Contratista el ejecutar o no trabajos diferentes a los aprobados en el expediente técnico de contrato, considerando que no se aprobaron los Presupuestos Adicionales o Deductivos que modificaban el Expediente técnico y en consecuencia el Contrato, también es cierto que los trabajos en A.- SUB-CUENCA 01, TRAMO 1-1, ENTRE BUZONES BI-17 - BI-24; B.- SUB-CUENCA 02, TRAMO ENTRE BUZONES BI-16 AL BI-18, y C.- SUB-CUENCA 02, TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, ya han sido ejecutados por el

Contratista (lo cual ha sido aceptado por la Entidad), y conforme a lo descrito por el Tribunal al resolver la Segunda Pretensión Principal, estos nuevos trabajos diferentes contaron con la aprobación de la de obra mediante cuaderno de obra, por lo tanto el Contratista ya ejerció su potestad de ejecutar o no los mayores trabajos, en este sentido el Tribunal no se puede pronunciar sobre este punto controvertido.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Determinar si corresponde o no declarar que en tanto la Municipalidad no cumpla con la segunda pretensión principal, es potestad del contratista solicitar la ampliación de plazo contractual por el supuesto incumplimiento de la Entidad respecto a la libre disponibilidad física del terreno, entrega del terreno y aprobación de las modificaciones al Expediente Técnico."

Cabe precisar que el quinto punto controvertido ha sido planteada como pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal de la demanda; en ese sentido, este Tribunal Arbitral considera pertinente remitirse a las normas aplicables para la acumulación de pretensiones establecidas en el Código Procesal Civil que señala que la pretensión subordinada es aquella que será revisada si la pretensión principal a la que se vincula no ha sido amparada y, por tanto al haberse amparado la pretensión principal no corresponde pronunciamiento alguno por lo que deviene en IMPROCEDENTE.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Determinar si corresponde o no considerar ampliado el plazo solicitado por Consorcio Cerro Colorado Pluvial, referente a la solicitud de ampliación de plazo N° 02, la cual fue denegada

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

*mediante Carta N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC,
emitida el 6-02-2014 y recibida el 07-02-2014."*

PRIMERA PRETENSIÓN ALTERNATIVA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Carta N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, emitida el 6-02-2014 y recibida el 07-02-2014, por haber sido emitida por funcionario no competente para ello."

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Este Colegiado considera conveniente resolver la tercera pretensión principal conjuntamente con la primera pretensión alternativa a la tercera pretensión principal, pues guardan relación intrínseca entre ellas, sin perjuicio de advertir la calidad alternativa de la pretensión formulada.

El presente punto controvertido busca determinar si corresponde o no que se considerar ampliado el plazo solicitado por Consorcio Cerro Colorado Pluvial, referente a la solicitud de ampliación de plazo N° 02, y/o de lo contrario determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la carta que la deniega. En tal sentido, este Tribunal Arbitral considera pertinente determinar primero cuál es el procedimiento formal establecido en la normativa correspondiente en relación a las ampliaciones de plazo, luego de lo cual se determinará si corresponde aprobar o no la solicitud de ampliación de plazo N° 02, y consecuentemente pronunciarse sobre la carta que la deniega.

Al respecto, el Artículo 41º de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), en sus dos últimos párrafos señala lo siguiente:

"() El CONTRATISTA podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 40º de la presente norma"

Igualmente, la Ley en el inciso b) del Artículo 40 indica que:

"Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(....) b) Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el Contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento."

De igual manera, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en su Artículo 200º establece las causales de la ampliación de plazo a solicitud del contratista, las cuales son:

"De conformidad con el artículo 41º de la Ley, el CONTRATISTA podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

- 1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al CONTRATISTA.*
- 2. Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la ENTIDAD.*
- 3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.*

4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el CONTRATISTA ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado."

En la misma línea, el Artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece el procedimiento que debe seguir el contratista que solicite una ampliación de plazo:

"Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el CONTRATISTA, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el CONTRATISTA o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecta la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la ENTIDAD, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La ENTIDAD emitirá Resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la ENTIDAD.

Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones del plazo.

Cuando las ampliaciones se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente, siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo periodo de tiempo sea este parcial o total.

En tanto se trate de causales que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que deberá ser debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, la ENTIDAD podrá otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que los Contratistas valoricen los gastos generales por dicha ampliación parcial, para cuyo efecto se seguirá el procedimiento antes señalado.

La ampliación de plazo obligará al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT - CPM correspondiente, considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la Resolución que aprueba la ampliación de plazo. El inspector o supervisor deberá elevarlos a la ENTIDAD, con los reajustes concordados con el residente, en un plazo máximo de siete (7) días, contados a partir de la recepción del nuevo calendario presentado por el CONTRATISTA. En un plazo no mayor de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la ENTIDAD deberá pronunciarse sobre dicho calendario, el mismo que, una vez aprobado, reemplazará en todos sus efectos al anterior. De no pronunciarse la entidad en el plazo señalado, se tendrá por aprobado el calendario aprobado por el inspector o

supervisor. Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de ésta decisión."

Por último, el Artículo 202º del citado Reglamento señala los efectos de la modificación del plazo contractual:

"Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al N° de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos.

Sólo en el caso que la ampliación de plazo sea generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los menores gastos generales variables se calcularán siguiendo el procedimiento establecido en el párrafo precedente.

En virtud de la ampliación otorgada, la entidad ampliará el plazo de los otros contratos celebrados por ésta y vinculados directamente al contrato principal."

De lo expuesto, se puede determinar que para la procedencia de la ampliación de plazo solicitada por el contratista, es de aplicación lo dispuesto en el Artículo 41º e inciso b) del Artículo 40º de la Ley, y los Artículos 200º, 201º y 202º de su Reglamento.

En relación a ello, de los artículos mencionados de la Ley y su Reglamento, se desprende que cualquier contratista podrá solicitar la ampliación de plazo contractual sólo por las causales previstas en el Artículo 200º del Reglamento y cumpliendo, de manera obligatoria, el procedimiento establecido en el Artículo 201º de cuerpo legal mencionado.

Por ello conforme señala la normativa citada, se tiene que el procedimiento a seguir por parte del contratista a fin de solicitar la referida ampliación de plazo es el siguiente:

- 1) Anotar en el cuaderno de obra los hechos o circunstancias que originen la solicitud de ampliación, dicha anotación deberá realizarla el residente;
- 2) Dentro de los quince (15) días de concluido el hecho, el CONTRATISTA deberá solicitar, cuantificar y sustentar la ampliación de plazo ante el Supervisor, siempre que la demora afecte la ruta crítica y que la referida ampliación resulte necesaria, a fin de culminar la obra;
- 3) Luego, el Supervisor deberá elaborar un informe expresando su opinión respecto a la solicitud de ampliación de plazo y remitirla a la ENTIDAD dentro de los siete (7) días de presentada dicha solicitud.
- 4) Más adelante, la ENTIDAD deberá emitir la Resolución correspondiente en un plazo de diez (10) días, contado a partir del día siguiente de la recepción del informe, en caso de no emitir Resolución dentro del plazo señalado para tal efecto, se entenderá ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la ENTIDAD.

En otro orden de ideas, no está de más indicar que las solicitudes de ampliación de plazo deberán ser presentadas dentro del plazo vigente de la ejecución de la obra y cualquier controversia que se derive respecto a ellas,

será resuelta mediante arbitraje o conciliación. En ese punto, es conveniente hacer notar que ninguna de las partes pone en controversia los procedimientos seguidos para la solicitud de la ampliación de plazo, sino más bien se cuestiona su denegación.

En tal sentido, este colegiado considera conveniente precisar el procedimiento que la entidad debe seguir para denegar y/o aprobar una solicitud de ampliación de plazo. Al respecto, ante la siguiente consulta *¿La Entidad mediante qué documento administrativo debe pronunciarse respecto a una ampliación de plazo, toda vez, que el artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado indica con resolución, o puede ser dicho pronunciamiento mediante Carta Notarial?*, la Dirección Técnica Normativa DTN del OSCE ha concluido lo siguiente:

"El pronunciamiento de la Entidad sobre las solicitudes de ampliación del plazo contractual, debe realizarse por el Titular de la Entidad o funcionario a quien se le haya delegado tal facultad, a través de resolución o documento que corresponda en caso de delegación, sin perjuicio del medio que se utilice para notificarla al contratista."¹⁴

Asimismo, conforme se señaló precedentemente, el artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, indica lo siguiente:

".... La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.....". (Resaltado es nuestro)

¹⁴ OPINIÓN N° 007-2013/DTN

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

Como puede apreciarse el pronunciamiento relativo a aprobación o no, de la ampliación del plazo contractual solicitada por el contratista debe realizarse a través de resolución o documento que corresponda en caso de delegación por el Titular de la Entidad o funcionario a quien se le haya delegado tal facultad.

En tal sentido, con fecha 25 de enero del 2014, mediante CARTA N° 046-2014-OF.AQP/CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL, (ANEXO 46), el Consorcio sustenta formalmente su solicitud de Ampliación de Plazo N° 02, cabe indicar que la Entidad no cuestiona la formalidad del pedido sino el fondo del mismo. Así pues mediante Carta N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, de fecha 07 de febrero del 2014 (ANEXO 47), el jefe del Área de Supervisiones, Ing. Javier Palacios Seira, deniega la Ampliación de Plazo N° 02.

Al respecto, la Entidad señaló en su escrito de contestación de demanda lo siguiente:

"Que, en cuanto a la Tercera Pretensión Principal, que solicita que SE CONSIDERE AMPLIADO EL PLAZO SOLICITADO POR CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL, REFERENTE A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO 02, LA MISMA QUE FUE DENEGADA MEDIANTE CARTA N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, EMITIDA EL 06-02-2014 Y RECEPCIONADA EL 07-02-2014, NEGAMOS LA MISMA EN TODOS SUS EXTREMOS; pues se debe considerar que con fecha 07 de febrero del 2014, mediante Carta N° 107-2014-SUPERVISIONES -GIDU-MDCC, el Jefe del Área de Supervisiones, Ing. Javier Palacios Seira, deniega la Ampliación de Plazo N° 02; en ese sentido, se tiene que el artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones (...)"

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpí*

Como se puede apreciar la misma Entidad señala que el Jefe del Área de Supervisiones, Ing. Javier Palacios Seira, deniega la Ampliación de Plazo N° 02; al respecto la referida CARTA N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC señala lo siguiente:

"Mediante el presente me dirijo a usted para saludarlo y a la vez en relación a la carta 032-2014-COCORDIA-SE, en el que deniega la ampliación de plazo 02, solicitado, el cual hago alcance una copia para su conocimiento"

Por su parte, el Consorcio señala que el acto resolutivo efectuado mediante la citada CARTA N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC no es correcto, por no haber sido efectuado por el funcionario competente para ello. En este punto este colegiado considera conveniente analizar si el Jefe del Área de Supervisiones, Ing. Javier Palacios Seira (funcionario que deniega la solicitud de ampliación de plazo), tenía las facultades necesarias para denegar la ampliación de plazo N° 02.

Al respecto, este colegiado considera que es argumento de la Entidad que el referido Jefe del Área De Supervisiones denegó la solicitud ampliación de plazo N° 02, en tal sentido, la entidad debe acreditar que dicho funcionario tenía las facultades para ello, además porque su contraparte, el contratista, ha señalado lo contrario. Esto último responde a lo denominado por la doctrina como **Onus Probandi**, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del **Onus Probandi**, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume, lo anormal se prueba". Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad.

Así pues, de autos se advierte que la Entidad no ha probado que el Jefe del Área De Supervisiones de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, se

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

encuentra facultado para actuar en el contrato de obra como sujeto de la relación contractual, calidad que es necesaria para emitir el pronunciamiento relativo a la solicitud de ampliación de plazo. Ahora bien el artículo N° 5 sobre Especialidad de la Norma y Delegación de la Ley de Contrataciones del Estado define que el Titular de la Entidad puede delegar mediante Resolución, la autoridad que la presente norma le otorga, excepto la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra.

En el presente caso, el Titular de la Entidad, podía delegar mediante Resolución la autoridad para aprobar o denegar ampliaciones de plazo, no obstante la Entidad no ha acreditado ninguna Resolución que otorgue poder suficiente al Ing. Javier Palacios Seira, para aprobar o denegar ampliaciones de plazo solicitadas por el Contratista en el transcurso de la ejecución de la obra, por lo que este Colegiado advierte que, el Ing. Javier Palacios Seira, quien suscribe la CARTA N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC mediante la cual se deniega la ampliación de plazo N° 02, no tenía facultades para aprobar o denegar ampliaciones de plazo, por lo tanto es nula.

A mayor abundamiento, es necesario señalar que según el Reglamento de Organización y funciones (ROF) y el Manual de Organización y funciones (MOF), de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, publicado en el portal electrónico www.mdcc.gob.pe, el jefe del Área de supervisiones tiene las siguientes funciones:

DEL ÁREA DE SUPERVISIONES

ARTICULO 96º-Del Área de Supervisiones

El Área de Supervisiones es un órgano de línea que se encuentra a cargo de un Servidor Público Ejecutivo con nivel de Jefe de Área, quien depende funcional y administrativamente del Sub Gerente de Obras Públicas e Infraestructura Urbana.

ARTICULO 97º- Funciones del Área de Supervisiones

Son funciones del Área de Supervisiones las siguientes:

1. Dirigir y controlar las actividades relacionadas con la supervisión y evaluación de los planes, programas, actividades y proyectos.
2. Cautelar la aplicación de las normas técnico-administrativas vigentes, emitidas a nivel nacional y generar Directivas Complementarias para las acciones de supervisión.
3. Realizar la inspección de las obras y estudios del programa anual de Inversiones que ejecute la Municipalidad de acuerdo al cronograma establecido.
4. Elaborar informes mensuales sobre el avance de cumplimiento de metas de las unidades orgánicas, sugiriendo medidas correctivas para el mejor cumplimiento de las mismas
5. Realizar una revisión detallada del expediente técnico aprobado, antes del inicio de obra, emitiendo un informe técnico con las recomendaciones y las medidas a adoptar para la buena ejecución de los trabajos, estableciendo los calendarios de programación de avance de obra, equipos y adquisición de materiales.
6. Participar en el acto de entrega del terreno, donde se ejecutará la obra, suscribiendo el acta respectiva.
7. Aperturar el Cuaderno de Obra, debidamente foliado y legalizado, en el que se hará las anotaciones según lo establecido en la Resolución de Contraloría N° 195-88- CG numeral 5.
8. Es responsable directo de la ejecución y manejo de la obra a su cargo, en los aspectos técnicos y administrativos.
9. Ceñirse a las disposiciones establecidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y demás normas complementarias y modificatorias, para los efectos de las contrataciones, adquisiciones de bienes y servicios de la obra a su cargo.

10. Supervisar que la ejecución de la obra sea de acuerdo a las Especificaciones Técnicas establecidas en el Expediente Técnico aprobado, efectuando los respectivos controles de calidad, así como la colocación de los hitos y puntos de referencia.
11. Disponer y controlar las actividades que permitan un adecuado avance físico de la obra, optimizando el uso de los recursos de equipo mecánico, materiales y mano de obra.
12. Controlar el buen estado de operatividad y el uso del equipo mecánico asignado, así como el aprovisionamiento oportuno de los insumos necesarios
13. Supervisar el gasto de planillas, combustibles, lubricantes, repuestos, viáticos y otros rubros inherentes a las actividades administrativas del Proyecto.
14. Impartir normas ambientales y de seguridad para el personal, así como normas de custodia de los bienes de la obra a su cargo.
15. Mantener la información técnico – económica debidamente registrada y actualizada, cumpliendo con los plazos establecidos para su presentación.
16. Informar de inmediato a la superioridad a fin de coordinar acciones, en caso de emergencias o interrupciones de vías en el ámbito geográfico de la obra.
17. Evaluar la ejecución de metas y gastos según cronograma e implementar acciones para su adecuado cumplimiento.
18. Atender a las Autoridades del Sector, que requieran información técnica sobre el desarrollo de la obra.
19. Otras que le designe el Gerente de Infraestructura y Desarrollo Urbano, en el ámbito de su competencia.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio**

Municipalidad Distrital de Cieno Colorado

Manual de Organización y Funciones

MANUAL DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES SUB GERENCIA DE OBRAS PÚBLICAS	ESPECIFICACIONES DEL CARGO	
	ESTRUCTURAL	SUPERVISOR
	CLASIFICADO:	SERVIDOR PÚBLICO ESPECIALISTA
	NOMINATIVO:	SUPERVISOR
	Nº CAP:	101
		TOTAL CARGOS: 001

DESCRIPCION:

ORGANO: UNIDAD ORGÁNICA:	ORGANO DE LÍNEA
	GERENCIA DE INFRAESTRUCTURA Y DESARROLLO URBANO
	SUB GERENCIA DE OBRAS PÚBLICAS
	ÁREA DE SUPERVISIONES

DEPENDE DE:

ORGANICA Y/O ADMINISTRATIVAMENTE: GERENTE DE INFRAESTRUCTURA Y DESARROLLO URBANO	NORMATIVA Y/O FUNCIONALMENTE GERENTE DE INFRAESTRUCTURA Y DESARROLLO URBANO

AUTORIDAD Y/O SUPERVISION SOBRE:

Sobre 1 Asistente Administrativo	TOTAL DEL CARGO

OBJETIVO Y/O RESPONSABILIDAD DEL CARGO

- Ejecución y supervisión de actividades de los trabajadores y otras relacionadas a la Gerencia de Infraestructura y Desarrollo Urbano.
- Es responsable por el cumplimiento de los objetivos y metas establecidas en el POI que expresamente le sean asignadas, y atender en los plazos previstos los procesos de su competencia; así como del uso y conservación de los bienes a su cargo.

REQUISITOS MINIMOS DEL CARGO

- ✓ Título profesional de Ingeniero Civil o Arquitecto colegiado.
- ✓ Contar con Certificado de Habilitación expedido por el respectivo colegio profesional que lo habilite.
- ✓ Experiencia en el ejercicio de cargos similares.
- ✓ Experiencia en ejecución y supervisión de obras, como mínimo 2 años.
- ✓ Capacitación técnica en temas relacionados con el cargo y/o especialidad.
- ✓ Experiencia en manejo de personal.

FUNCIONES ESPECÍFICAS

- Supervisar las actividades de los Supervisores y Residentes de Obras en el desempeño de sus labores así como el control de la asistencia de los obreros con la respectiva verificación de firmas de sus labores.
- Identificar los inmuebles en estado de ruinoso y clasificar los auxilios en los cuales deben realizarse tareas de renovación urbana en coordinación con la Municipalidad Provincial y el Gobierno Regional.
- Controlar el uso eficiente de los vehículos y maquinaria, destinada a la ejecución de obras.
- Coordinar los asuntos concernientes al Sistema de Defensa Civil.
- Verificar directamente el trabajo que efectúan las cuadrillas de obreros, así como inspeccionar en los calles y zonas asignadas.
- Efectuar operativos de inspección y/o patrullajes.
- Controlar directamente la asistencia y permanencia de trabajadores en sus zonas de trabajo, informando al Gerente de las cuestiones encontradas.
- Prever la dotación oportuna de materiales de trabajo.
- Cumplir las disposiciones relativas al Código de Ética de la Función Pública a fin de que realice su labor cumpliendo sus funciones con integridad y valores éticos que contribuyan al desempeño eficaz, eficiente y digno de las tareas asignadas.
- Otras que le asigne el supervisor y/o el Área de Supervisión, y que estén dentro de su competencia.
- Supervisar y evaluar la ejecución de obras derivadas de procesos de selección (licitación) y por Administración Presupuestaria Directa.
- Elaboración de términos de Referencia para seleccionar consultores de Supervisión de Obras.
- Integrar la Comisión de Recepción de Obras.
- Evaluar y emitir informamiento sobre los expedientes de Verificaciones de contrato presentados por los contratistas y por la propia entidad.
- Mantener un archivo catastral de expedientes de obras licitadas derivadas de procesos de selección y administración presupuestaria.
- Llevar en archivo por obra de todos los actos sobre la misma.
- Llevar el seguimiento de la obra con el Cuaderno de Obra respectivo.
- Emitir opinión técnica en asuntos relacionados a su competencia.
- Controlar el cumplimiento de funciones y revisar los informes parciales o finales del Supervisor de Obras Públicas, remitiendo copia y viéndole a la Gerencia de Infraestructura y Desarrollo Urbano y con este se dictaminara para su aprobación o se recomiende acciones correctivas correspondientes en coordinación con la Sub Gerencia de Obras Públicas.
- Resolver por delegación los asuntos que específicamente le sean encargados dando cuenta al superior jerárquico.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

Conforme a lo establecido en el Reglamento de Organización y Funciones y el Manual de Organización y Funciones, el Ing. Javier Palacios Seira (en su calidad de funcionario municipal) tiene facultades para que en representación del Alcalde Sr. Manuel Vera Paredes (titular en ese momento), apruebe o deniegue las Ampliaciones de Plazo solicitadas por el Contratista.

Por otro lado, teniendo en cuenta la formalidad que reviste la aprobación y/o denegación de ampliación de plazo, este Colegiado considera necesario indicar que en el presente caso la denegatoria se efectuó mediante carta, bajo el sustento de la carta de supervisión; sin embargo, la normativa vigente señala expresamente que el pronunciamiento de la Entidad se debe efectuar mediante resolución o documento que corresponda en caso de delegación por el Titular de la Entidad, en tal sentido, siendo que ninguna de las dos situaciones ha sucedido, corresponde declarar la nulidad de la CARTA N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, emitida el 6-02-2014 por el Ing. Javier Palacios Seira

En este orden de ideas, al haber sido declarada nula la CARTA N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, emitida el 6-02-2014 por el Ing. Javier Palacios Seira, en la que denegaba la Ampliación de Plazo N° 02, este colegiado advierte que la solicitud de ampliación de plazo, de acuerdo al procedimiento establecido en la normativa vigente, debía ser materia de pronunciamiento por parte de la Entidad (aprobándola o denegándola) en un plazo de diez (10) días, contado a partir del día siguiente de la recepción del informe del supervisor, situación que no sucedió. Así pues ante la falta de pronunciamiento de la Entidad, la normativa vigente ha señalado que se entenderá ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad; por lo que, corresponde declarar aprobada la Ampliación de Plazo 02 y por consiguiente el plazo solicitado por el Contratista de 90 días calendarios y declarar FUNDADA su tercera pretensión principal, por silencio de la Entidad.

Por lo tanto, este colegiado declara FUNDADO el tercer punto controvertido; en consecuencia, DECLÁRESE ampliado el plazo solicitado por Consorcio Cerro Colorado Pluvial, referente a la solicitud de ampliación de plazo N° 02, la cual fue denegada mediante Carta N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, emitida el 6-02-2014 y recibida el 07-02-2014.

Asimismo, este Colegiado considera conveniente precisar que en el análisis efectuado en los párrafos precedentes determinó la nulidad de la Carta N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, emitida el 6-02-2014 y recibida el 07-02-2014, por haber sido emitida por funcionario no competente para ello, lo cual resultaba necesario para el análisis correspondiente; sin embargo al ser una pretensión alternativa, corresponde que sea declarada IMPROCEDENTE.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Determinar si corresponde o no declarar que la causal de la ampliación N° 02 es parcial, y por lo tanto continua hasta que se tenga la libre disponibilidad del terreno en dicho sector."

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

La pretensión del Contratista busca el Tribunal declare que la causal de la ampliación de plazo 02 es parcial, y por lo tanto continua hasta que se tenga la libre disponibilidad del terreno en dicho sector.

Cabe precisar que, estamos frente a una pretensión accesoria, es decir, que la pretensión dependerá de la pretensión principal; en ese sentido, el artículo 87º del Código Procesal civil señala:

"Artículo 87.- Acumulación objetiva originaria.-

La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás."

De acuerdo al citado artículo y, estando a que la presente pretensión depende del análisis del punto controvertido que antecede, los cuales fueron amparados por este Tribunal Arbitral, corresponde también, que se declare fundado el presente punto controvertido.

Sin perjuicio de ello, este Colegiado considera conveniente manifestarse al respecto, pues considera importante revisar en su totalidad los fundamentos expuestos por ambas partes, a fin de que asegurar el derecho de ambas partes. En tal sentido, de la revisión de la Carta N° 046-2014-OF.AQP/CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL, que adjunta la Solicitud de Ampliación de Plazo Parcial 02, se comprueba que ha sido sustentada como "Ampliación de PLAZO PARCIAL N° 02", por Caso fortuito o Fuerza mayor debidamente comprobado generado por Falta de libre disponibilidad de terreno en el Sector Av. Circunvalación.

El contratista en el sustento técnico identifica el tramo que no tiene libre disponibilidad como el del Sumidero 21 y el Buzón BI-38 de la subcuenca 2, donde los trabajos del Gobierno Regional de Arequipa, han derivado todo el tráfico vehicular que sale de la ciudad. En este punto, conviene destacar que la entidad no cuestiona lo indicado por el contratista sino que se limita a señalar que la libre disponibilidad de terrenos era responsabilidad del Consorcio demandante; al respecto, este Colegiado en el análisis del primer punto controvertido, ha determinado que la entrega de la libre disponibilidad del terrenos corresponde a la Entidad, razón por la cual este Colegiado advierte que la Entidad no cuestiona lo indicado por el contratista

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio**

en relación a los trabajos del Gobierno Regional de Arequipa en parte de los trazos.

En este punto es necesario señalar primero, que ninguna de las partes se ha opuesto o ha tachado las instrumentales presentadas; en ese sentido, este colegiado advierte que las pruebas aportadas por la Entidad son las siguientes:

"El propio texto y anexos del Escrito de Demanda Arbitral presentado por el consorcio Cerro Colorado Pluvial.

Informe Pericial denominado Diagnóstico de la Obra Drenaje Pluvial elaborado por el ING.WUALTER TORREBLANCA SALINAS.

Licitación pública Bases integradas 01 archivador.

Expediente Administrativo de la Licitación Pública N° 003-2013-MDCC.

Tomos I y II de planos de Estudio de Factibilidad. 01 archivador"

Se puede advertir que la propia Entidad ofrece como medios probatorios aquellas instrumentales presentadas por el Contratista en su escrito de demanda y que obran en autos, por lo que los medios probatorios ofrecidos o han sido objetados.

Ahora bien, el Tribunal Arbitral ya se ha pronunciado sobre la TERCERA PRETENSION PRINCIPAL y la PRIMERA PRETENSION ALTERNATIVA A LA TERCERA PRETENSION PRINCIPAL, definiendo que la Ampliación de Plazo Parcial N° 02 está aprobada ante la falta de pronunciamiento de la Entidad. Así pues, la obligación de la entrega de la libre disponibilidad del terreno en el tramo "Sumidero 21 y el Buzón BI-38 de la subcuenca 2", se analizó largamente en la Primera Pretensión Principal, pronunciándose que dicha responsabilidad era de cargo de la Entidad.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marion Humberto De la Cruz Carpio*

Al respecto, la Entidad a la fecha no ha demostrado que la causal o sea la falta de libre disponibilidad de terreno en el tramo del Sumidero 21 y el Buzón BI-38 de la subcuenca 2, haya concluido, por lo tanto dicha causal continúa.

Por lo tanto este Tribunal declara FUNDADO el octavo punto controvertido, derivado de la Primera pretensión Accesoria a la tercera pretensión principal; en consecuencia, DECLÁRESE que la causal de la ampliación N° 02 es parcial, y por lo tanto continúa hasta que se tenga la libre disponibilidad del terreno en dicho sector.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad, invalidez o ineficacia de la Resolución de Gerencia N° 156-2014-MDCC de fecha 20 de febrero de 2014 por falta de motivación, la cual declara improcedente la solicitud e Ampliación de Plazo N° 03, y determinar si corresponde o no declarar procedente o fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 130 (ciento treinta) días."

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no declarar que la ampliación de Plazo N° 03 es parcial, y por tanto continúa hasta que se tenga libre disponibilidad del terreno en dicho sector.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio**

Este Colegiado considera conveniente resolver la cuarta pretensión principal conjuntamente con la primera pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal, pues guardan relación intrínseca entre ellas.

El presente punto controvertido busca determinar si corresponde o no que se declare la nulidad, invalidez o ineficacia de la Resolución de Gerencia N° 156-2014-MDCC de fecha 20 de febrero de 2014, por falta de motivación, la cual declara improcedente la solicitud e Ampliación de Plazo N° 03, y determinar si corresponde o no declarar procedente o fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 130 (ciento treinta) días.

En tal sentido, este Tribunal Arbitral considera pertinente determinar primero cuál es el procedimiento formal establecido en la normativa correspondiente en relación a las ampliaciones de plazo, luego de lo cual, determinará si la Resolución de Gerencia N° 156-2014-MDCC de fecha 20 de febrero de 2014, estuvo o no debidamente motivada.

Cabe precisar que, en el análisis del punto controvertido precedente este colegiado desarrolló *in extenso* el procedimiento para determinar la procedencia de una ampliación de plazo, indicando que es de aplicación lo dispuesto en el Artículo 41º e inciso b) del Artículo 40º de la Ley, y los Artículos 200º, 201º y 202º de su Reglamento. Al respecto, luego del análisis efectuado por este Colegiado se ha determinado que no existe cuestionamiento alguno por ninguna de las partes sobre el procedimiento relacionado a la solicitud de ampliación de plazo; por lo que, este Colegiado únicamente hará mención de ello.

El Tribunal primero analizará la nulidad, invalidez o ineficacia de un acto administrativo como la Resolución emitida por la Entidad para luego proceder a la evaluación de la pretensión del Contratista.

El concepto de acto administrativo está definido en la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444, siendo el acto administrativo medio o

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

mecanismo idóneo para la manifestación de la voluntad de una Entidad en ejercicio de una potestad pública (art. 1.1.) y cuyo objeto puede ser aquello que la entidad decide, declara o certifica (art. 5.1).

Las causales de nulidad de un acto administrativo emitido están normados en la Ley N° 27444, en tanto tiene que ver con los requisitos de validez que debe contener aquel al momento de su emisión.

Al respecto, el art. 3 de la Ley 27444, define los requisitos de validez. Así pues, el acto administrativo inválido en consecuencia es aquel donde hay discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico y por lo tanto es ilegal.

Los artículos 10, 11, 12, 13, y 14 de la Ley 27444, definen así la nulidad de un acto administrativo:

"Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
- 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.*
- 3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.*
- 4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.*

Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernen por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.

11.2 La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.

11.3 La resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido.

Artículo 12.- Efectos de la declaración de nulidad

12.1 La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro.

12.2 Respecto del acto declarado nulo, los administrados no están obligados a su cumplimiento y los servidores públicos deberán oponerse a la ejecución del acto, fundando y motivando su negativa.

12.3 En caso de que el acto viciado se hubiera consumado, o bien sea imposible retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad de quien dictó el acto y en su caso, a la indemnización para el afectado.

Artículo 13.- Alcances de la nulidad

13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él.

13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario.

13.3 Quien declara la nulidad, dispone la conservación de

aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio.

Artículo 14.- Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentales, los siguientes:

14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

14.2.5 Aquellos emitidos con o misión de documentación no esencial

14.3 No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución."

El acto administrativo es nulo si padece de causales de invalidez trascendentales o relevantes previstas en el art. 10 de la Ley N° 27444. Asimismo, el ordenamiento administrativo indica que no es posible sostener que un acto administrativo sea nulo si no ha sido expresamente calificado

como tal por la autoridad competente conforme a los procedimientos establecidos legalmente.

En este orden de ideas, se tiene que analizar primero la validez o invalidez de la Resolución emitida por la Entidad, y por lo tanto, se debe analizar si la Resolución de Gerencia N° 156-2014-MDCC ha cumplido con lo normado en el art. 3 de la Ley 27444, que define los requisitos de validez:

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido.-Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación."

La motivación necesita adjuntar el sustento técnico a fin de que la decisión de la Entidad no se sujete a la simple opinión o apreciación subjetiva sino que aporten pruebas que sustenten dicha afirmación, es decir que la motivación viene. Ahora bien, en relación a la motivación, este colegiado considera conveniente señalar lo siguiente:

En relación al derecho a la debida motivación de las resoluciones administrativas, el Tribunal recogió la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00294-2005-PA/TC, según la cual era un derecho de "...) especial relevancia y, a su vez, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado de que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. La motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de inmunidad en ese ámbito. Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. En esa medida, el Tribunal Constitucional enfatizó que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es, por sí sola, contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo".

La sentencia del Tribunal Constitucional N° 00294-2005-PA/TC, antes citada, señala en relación a las resoluciones administrativa que estas deben estar motivadas porque es el derecho a la certeza que es la garantía del administrado. Asimismo, la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, lo cual constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible en todo estado de derecho.

La exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. En esa medida el Tribunal Constitucional enfatizó que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad o ilegalidad, dado que es una condición impuesta por la Ley 27444.

Por otro lado, la falta de fundamento racional suficiente en una actuación administrativa es contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo; así pues las Entidades no pueden ajustar sus decisiones en la mera creencia de que no existe certeza de un hecho, pues esto es una acto arbitrario e ilegal.

El art. 3 numeral 4 de la Ley 27444, señala que el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, asimismo, se establece que el defecto o la emisión de algún de sus requisitos de validez constituye causal de nulidad del acto administrativo.

La motivación de la actuación administrativa, es decir la fundamentación con los razonamientos en que se apoya es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 22 de enero de enero de 2001, publicada el 9 de setiembre de 2001, recaída en el Expediente N° 319-2000 - AA/TC, ha establecido que: "Motivar una decisión, no es expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino fundamentalmente, expresar las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada". En este orden de ideas, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo, o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso, derecho de rango constitucional que implica obtener una decisión basada en los principios de razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y motivación de las resoluciones. En consecuencia, la mencionada Resolución adolecía de una debida motivación, toda vez que no se había logrado sustentar de manera técnica cuales eran los vacíos encontrados en las especificaciones técnicas, las mismas que no debían ser enunciados sino que debían ser respaldados mediante un sustento adecuado a fin de no vulnerar los derechos del administrado en el marco de un proceso de selección.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 319-2000-AA/TC, antes citado, establece: "Motivar una decisión, no es expresar únicamente al amparo de que norma legal se expide el acto administrativo, sino fundamentalmente expresar las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada".

De esta manera, tomando en consideración lo dispuesto por el máximo intérprete de la Constitución Política, este colegiado considera que se debe respetar el debido proceso, derecho de rango constitucional que implica obtener una decisión basada en los principios de razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y motivación de las resoluciones.

En tal sentido, como ya indicamos la debida motivación debe sustentar de manera técnica y debe tener el sustento adecuado a fin de no vulnerar el derecho del administrado; la motivación debe ser expresa, mediante una

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto administrativo (artículo 6.1. de la Ley 27444).

Por su parte, la entidad en su escrito de apersonamiento y contestación a la demanda (numerales 3.22.-, 3.23.-, 3.24.-, 3.25.-), niega esta pretensión basada en que mediante la RESOLUCIÓN DE GERENCIA N° 156-2014-MDCC, se denegó la Ampliación de Plazo 03, considerando que su pronunciamiento se sido de acuerdo a ordenamiento legal vigente conforme al art. 201 del Reglamento De La Ley De Contrataciones De Estado.

Estando a lo indicado por la Entidad, este colegiado procederá a analizar si la RESOLUCIÓN DE GERENCIA N° 156-2014-MDCC carece o no de motivación. La Resolución de GERENCIA N° 156-2014-MDCC (Ver Anexo 57 de la Demanda Arbitral), fue entregada con Carta N° 184-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, el 20 de febrero del 2014, emitida por el Ing. Javier Palacios Seira, Jefe del Área de Supervisiones.

La motivación de la Resolución en este párrafo está dada por el Informe Técnico N° 072-2014/SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, y la siguiente:



*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

Que, según Informe Técnico N° 072-2014/SUPERVISIONES-GIDU-MDCC de fecha 13 de febrero del 2014, suscrito por el Jefe del Área de Supervisiones de la Municipalidad, Ing. Javier Palacios Seira, en la cual hace de manifiesto que dicha área no ha aprobado ninguna ampliación de plazo a la fecha, y que dicha solicitud se ve justificada en atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la entidad, generadas por falta de disponibilidad de terreno en el sector Sub Cuenca II, por lo cual solicitan una ampliación de plazo N° 03 por 130 días calendarios para la obra en mención, esto es una ampliación de 72.22% del plazo contractual, sin embargo el área indica que dicha causal se trata de una deficiencia del estudio definitivo en la etapa de elaboración del expediente técnico y ejecución de la obra, así como se le pidió a la Supervisión de la obra que presente un estudio de adecuación para que den una solución la problemática, por lo cual la supervisión no presento dicho informe, siendo una negligencia por parte de la Supervisión (Concordia Ingeniería y Construcción S.A.C.), siendo que la obra se ejecuta por la modalidad de concurso oferta, no genera adicionales de obra y aún menos la ampliación de plazo, en este contexto el Área de Supervisiones declara improcedente la Ampliación de Plazo N° 03 por 130 días calendarios para la obra tantas veces mencionada.

Como se puede advertir, la motivación para declarar la improcedencia de la Ampliación de Plazo 03, conforme el texto citado, es el Informe Técnico N° 072-2014/SUPERVISIONES-GIDU-MDCC de fecha 13 de febrero del 2014, emitido por el Jefe del Área de Supervisiones de la Municipalidad, Ing. Javier Palacios Seira en el cual manifiesta lo siguiente:

- a) Que su área no ha aprobado ninguna ampliación de plazo a la fecha.
 - b) Que la justificación de la ampliación, es la falta de disponibilidad de terreno en el Sector Sub Cuenca II, por causa atribuible a la Entidad.
 - c) Que la solicitud de ampliación de plazo 03 por 130 días calendarios representa el 72.22% del plazo contractual.
 - d) Que la causal se trata de una deficiencia del estudio definitivo en la etapa de elaboración del expediente técnico y ejecución de obra.
 - e) Que la negligencia de la Supervisión (Concordia Ingeniería y Construcción SAC), en presentar un estudio de adecuación para dar solución a la problemática ha originado la ampliación de plazo.
 - f) Que la obra se ejecuta por la modalidad de concurso oferta no genera adicionales y menos aún ampliación de plazo.

Respecto a la motivación de este informe se puntualiza lo siguiente:

Motivación b), la justificación de la ampliación por falta de libre disponibilidad de terreno en el sector Sub Cuenca II, se ha discutido ampliamente por parte del Tribunal en la Primera Pretensión Principal, concluyéndose que la falta de libre disponibilidad de terreno en el sector Sub Cuenca II, es responsabilidad de la Entidad, por lo tanto la causal es atribuible a la Entidad y se enmarca en el Art. 200 del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado, la cual señala en el numeral "2. Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la entidad".

Motivación c), la motivación de este informe es que la ampliación de plazo representa el 72.22% del plazo contractual, en este caso, el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado no indica que una ampliación de plazo debe ser declarada improcedente de acuerdo al porcentaje del plazo contractual.

Motivación d), indica la Entidad que la causal es la deficiencia en el estudio definitivo en la etapa de elaboración del expediente técnico y ejecución de obra, respecto a lo cual el Tribunal ha formado convicción al analizar la Primera Pretensión Principal que no ha habido deficiencia en el estudio definitivo en la etapa de elaboración del Expediente técnico y que la entidad ha incumplido con lo normado en la Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.01, que APRUEBA DIRECTIVA GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL DE INVERSIÓN PÚBLICA (Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 09 de abril de 2011), es de cumplimiento obligatorio para la Entidad.

Motivación e), indica el Informe, que la negligencia de la Supervisión (Concordia Ingeniería y Construcción SAC), en presentar un estudio de adecuación para dar solución a la problemática ha originado la ampliación de plazo, al respecto si es el caso que se produjo negligencia de la supervisión de obra (Concordia Ingeniería y Construcción SAC), esta no es atribuible al Contratista y por lo tanto no es motivación suficiente para declarar la improcedencia de la ampliación de plazo, más aún si esto no

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

está normado en el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado, sobre Procedimiento de la Ampliación de Plazo.

Motivación f), indica el Informe que la obra se ejecuta por la modalidad de concurso oferta no genera adicionales y menos aún ampliación de plazo, al respecto debe indicarse los artículos 200 y 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado que regulan las ampliaciones de plazo no estipulan que no se aprueben ampliaciones de plazo en contratos bajo la modalidad de concurso oferta, asimismo los artículos 207 y 208 del mismo Reglamento tampoco estipulan que no se aprueben adicionales en contratos bajo la modalidad de concurso oferta. Esto en concordancia con el art. 41 de la LCE.

Por lo tanto el Informe Técnico N° 072-2014/SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, del 13 de febrero del 2014, emitido por el Jefe del Área de Supervisiones de la Municipalidad, Ing. Javier Palacios Seira, no está conforme al ordenamiento jurídico y consecuentemente la Resolución no está debidamente motivada.

Para evaluar la motivación de la Resolución respecto a la Carta N° 048-2014-CONCORDIA-SE, de la Supervisión de Obra, se señala lo siguiente:

Que, con Expediente N° 0000003959-2014 de fecha 06 de febrero del año en curso, el cual contiene la Carta N° 048-2014-CONCORDIA-SE, suscrito por el representante legal del Consorcio Cerro Colorado Pluvial, Ing. Juan R. Rosales Heredia, Supervisor de obra, en la cual hace de conocimiento sobre el expediente de Ampliación de Plazo N° 03 por 130 días calendarios de la obra aludida, debido a los atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuidas a la entidad se hace en base a la fecha de afectación de la ruta crítica, debiendo aprobarse en el aplicativo de lo prescrito en el artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado, así como los Artículos 201°, 202°, 203° y 204° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

**Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:**

**Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio**

Al respecto, la motivación de la Resolución que debe aprobarse en aplicación y observancia de lo prescrito en el Art. 40 de la Ley de Contrataciones del Estado y los Arts. 201, 202, 203 y 204 del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado.

El Tribunal al respecto, ha evaluado lo que dice la Carta N° 048-2014-CONCORDIA-SE, de la Supervisión de Obra, y se comprueba que la Supervisión dice una cosa muy distinta a lo señalado en la Resolución, y dice textualmente:

Es grato dirigirme a usted, para saludarlo muy cordialmente y por intermedio de la presente comunicarles que en atención a la solicitud de la Ampliación de Plazo N° 03 del Contralista de la obra solicitada mediante documento a), la Oficina de Supervisiones de la Entidad mediante los documentos b) y c) a emitido su opinión de NO AUTORIZAR POR NINGUN CONCEPTO AMPLIACION DE PLAZO ALGUNA en la ejecución de la OBRA: "INSTALACION Y MEJORAMIENTO DEL SISTEMA INTEGRAL DE DRENAJE PLUVIAL EN LOS EJES DE ALTO LIBERTAD - ALTO VICTORIA - SEMI RURAL PACHACUTEC - FONDO LA QUEBRADA - TUPAC AMARU Y MARISCAL CASTILLA, DISTRITO DE CERRO COLORADO, AREQUIPA".

En cumplimiento al procedimiento de ampliaciones de plazo establecidos en el Art. 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se le remite el expediente de ampliación de plazo N° 03 para su pronunciamiento, aprobación y/o denegación respectiva, salvo mejor parecer.

Por lo que se le comunica que la opinión de la Supervisión en relación a la justificación técnica de la ampliación de plazo N° 03 de la obra es irrelevante, por la decisión anticipada de la Entidad indicadas en los documentos b) y c) de la referencia.

La Supervisión comunica que la Oficina de Supervisiones de la Entidad, ya había emitido opinión de "NO AUTORIZAR POR NINGÚN CONCEPTO AMPLIACIÓN DE PLAZO ALGUNA" y que por lo tanto la opinión de la Supervisión era IRRELEVANTE, por la decisión anticipada de la Entidad.

No indica esta Carta, que debe aprobarse en aplicación de lo prescrito en el Art. 40 de la Ley de Contrataciones de Estado y los Arts. 201, 202, 203 y 204 del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado, como lo dice la Resolución.

En este orden de ideas la motivación de la Resolución en este párrafo, respecto de la comunicación de la supervisión a la Entidad en cumplimiento al Art. 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado, mediante Carta N° 048-2014-CONCORDIA-SE, dista mucho de lo expresado

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

por la supervisión de Obra, por lo tanto la Resolución no ha estado debidamente motivada.

Aparte de esto, queda demostrado con este documento la arbitrariedad de la decisión administrativa y por lo tanto la ilegalidad al haber emitido la Oficina de Supervisiones opinión anticipada de no otorgar ninguna ampliación de plazo.

Respecto a la motivación de la Resolución referente al sustento legal, se transcribe el párrafo correspondiente:

Que, en el Artículo 41.2º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su modificatoria la Ley N° 29873 la modalidad de Concurso Oferta "...Si el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. Esta modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una Licitación Pública. Para la ejecución de la obra es requisito previo la presentación y aprobación del Expediente Técnico por el integrante de la obra..."

Ahora bien, si el propio contratista incurre en errores al elaborar el Expediente Técnico, no sería razonable que dichos errores en el Expediente (más aun cuando se trata de un contrato bajo el sistema de Suma Alzada) de lugar a prestaciones adicionales, pues ese tipo de circunstancias calzarían perfectamente dentro del margen de riesgo que debe ser asumido por el contratista.

La motivación de la Resolución en este párrafo está dada bajo el sustento que el Contratista ha incurrido en errores al elaborar el Expediente Técnico, por lo tanto no sería razonable que dichos errores en el Expediente de lugar a prestaciones adicionales.

La motivación que da la Entidad es sobre las "prestaciones adicionales", mientras que reconoce en la misma resolución mediante el Informe Técnico N° 072-2014/SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, del 13 de febrero del 2014, emitido por el Jefe del Área de Supervisiones de la Municipalidad, Ing. Javier Palacios Seira, que la causal ha sido la falta de libre disponibilidad de terrenos, por lo tanto no hay fundamento racional suficiente en la

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

Resolución que declare improcedente una solicitud de "ampliación de plazo", basado en un sustento sobre "prestaciones adicionales".

Esto es una arbitrariedad de la decisión administrativa y por lo tanto una ilegalidad a la condición impuesta por la Ley N° 27444.

Por último, sobre la delegación de funciones la Entidad motiva su Resolución en el Art. 5º del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado e indica en el siguiente párrafo:

De otro lado, de acuerdo con el numeral 1º del Artículo 5º del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y su modificatoria con el Decreto Supremo N° 138-2012-EF el Titular de la Entidad es el funcionario competente para aprobar, autorizar y supervisar las contrataciones de la Entidad. No obstante, el segundo párrafo del artículo 5 de la Ley precisa que: "E Titular de la Entidad podrá delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que se establezcan en el Reglamento".

Que, merituados los obrantes en autos se desprende que la entidad deberá emitir acto administrativo [resolución] sobre la improcedencia de la Ampliación de Plazo N° 03 de la obra aludido, por 130 [ciento treinta] días calendarios, siendo que la Gerencia de Infraestructura y Desarrollo Urbano, mediante Proveído N° 00797-2014-CAI-GIDU-MDCC ha determinado la improcedencia a la solicitud de la Ampliación de Plazo N° 03 de la obra en mención, sustentado en el Informe del Área de Supervisiones [Informe Técnico N° 072-2014-JPS/SUPERVISIONES-GIDU-MDC].

La motivación de la Resolución en estos párrafos, la otorga el firmante de la Resolución Ing. César Amanquiño, Gerente de Infraestructura y Desarrollo Urbano, quien se ampara en el Art. 5º del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado, indicando que el Titular (Alcalde), puede delegar mediante "Resolución" la autoridad de aprobar o no las ampliaciones de plazo, dicha "Resolución de delegación de facultades", nunca ha sido presentada como medio probatorio por la Entidad.

Por otra parte de la según el Reglamento de Organización y funciones (ROF) y el Manual de Organización y funciones (MOF), de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, publicado en el portal electrónico www.mdcc.gob.pe, el

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

Gerente de Infraestructura y Desarrollo Urbano, no tiene dentro de sus funciones la facultad de aprobar o no, o declarar la improcedencia o no de ampliaciones de plazo solicitadas por el contratista, por consiguiente esta motivación no está conforme al ordenamiento jurídico y consecuentemente la Resolución no está debidamente motivada.

Ahora bien, tomando en consideración que la resolución que deniega la Ampliación de Plazo N° 03 no ha sido debidamente motivada además de no haber sido emitida por funcionario competente, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 deviene en procedente.

Por lo expuesto, este Colegiado considera conveniente declarar FUNDADO el noveno punto controvertido, derivado de la cuarta pretensión principal; en consecuencia DECLÁRESE la nulidad, invalidez e ineeficacia de la Resolución de Gerencia N° 156-2014-MDCC de fecha 20 de febrero de 2014 por falta de motivación, la cual declara improcedente la solicitud e Ampliación de Plazo N° 03; consecuentemente, DECLÁRESE procedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 130 (ciento treinta) días.

PRIMERA PRETENSION ACCESORIA A LA CUARTA PRETENSION PRINCIPAL

"Determinar si corresponde o no declarar que la ampliación de plazo 03 es parcial, y por tanto continua hasta que se tenga la libre disponibilidad del terreno en dicho sector."

ANALISIS DEL TRIBUNAL

Ahora bien, corresponde analizar la primera pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal; en ese sentido, una pretensión accesoria depende de la pretensión principal; en ese sentido, el artículo 87º del Código Procesal civil señala:

"Artículo 87.- Acumulación objetiva originaria.-

La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás."

De acuerdo al citado artículo y, estando a que la presente pretensión depende del análisis del punto controvertido que antecede, el mismo que fue amparado por este Tribunal Arbitral, corresponde también, que se declare FUNDADO el presente punto controvertido.

Sin perjuicio de ello, este Colegiado considera conveniente manifestarse al respecto, pues considera importante revisar en su totalidad los fundamentos expuestos por ambas partes, a fin de que asegurar el derecho de ambas partes y que nos e genere abuso de derecho. La presente pretensión accesoria busca determinar si corresponde o no declarar que la ampliación de Plazo N° 03 es parcial, y por tanto continúa hasta que se tenga libre disponibilidad del terreno en dicho sector; al respecto, se ha determinado que la ampliación de plazo N° 3 es procedente, sin embargo, dicha ampliación tiene como sustento la falta de entrega de libre disponibilidad de terreno. Así pues, este colegiado - en el análisis de la primera y tercera pretensión principal - referido a la entrega de la libre disposición de terreno ha determinado que dicha obligación corresponde a la entidad, en tal sentido, en tanto no se efectúe la entrega de los terrenos, la causal que genera la ampliación de plazo N° 03 continuará vigente.

Del mismo modo, de la revisión de la Carta N° 052-2014-OF.AQP/CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL, que adjunta la Solicitud de Ampliación de Plazo Parcial 03, se comprueba que la misma ha sido

sustentada como: Ampliación de Plazo Parcial N° 03, por Atrasos y/o Paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad generado por Falta de libre disponibilidad de terreno en el Sector Sub cuenca I, Tramo 1-1, Tramo entre Buzones BI-17-BI-24 y por Falta de libre disponibilidad de terreno en el Sector Sub cuenca 2, Tramo entre Buzones BI-16-BI-18.

El contratista, en el sustento técnico identifica los tramos que no tienen libre disponibilidad como Sector Sub cuenca I, Tramo 1-1, Tramo entre Buzones BI-17-BI-24 y por Falta de libre disponibilidad de terreno en el Sector Sub cuenca 2, Tramo entre Buzones BI-16-BI-18. Debiendo destacarse que los medios probatorios entregados por el Contratista no han sido objetados por la Entidad.

Sobre la libre disponibilidad del terreno, recalcamos que en los tramos que no tienen libre disponibilidad como Sector Sub cuenca I, Tramo 1-1, Tramo entre Buzones BI-17-BI-24 y por Falta de libre disponibilidad de terreno en el Sector Sub cuenca 2, Tramo entre Buzones BI-16-BI-18, se analizó también en la Primera Pretensión Principal, pronunciándose que dicha responsabilidad era de la Entidad.

El contratista al sustentar la acumulación de pretensiones en los asientos del cuaderno de obra 296 y 297, del 29 de mayo del 2014, ha efectuado las anotaciones que dan por concluidos los trabajos modificados en dichos sectores por lo tanto la dicha causal ha concluido con dicha fecha, 29 de mayo del 2014, por lo tanto la causal que dio origen a la Ampliación de Plazo 03 ha concluido en dicha fecha.

Por lo expuesto, este Colegiado declara FUNDADA EN PARTE la primera pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal; en consecuencia, DECLÁRESE que la ampliación de Plazo N° 03 es parcial, y PRECÍSESE que dicha ampliación concluyó el 29 de mayo de 2014.

QUINTA PRETENSION PRINCIPAL

"Determinar si los trabajos ejecutados correspondientes a las partidas: 03.04 Relleno, 03.04.01 Relleno para tuberías; 07 Prueba Hidráulica; 07.02 Prueba Hidráulica de tubería, se ejecutaron cumpliendo lo indicado en las especificaciones técnicas generales y especificaciones técnicas especificadas del expediente técnico de obra aprobado."

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

El presente punto controvertido busca determinar si los trabajos ejecutados correspondientes a las partidas: 03.04 Relleno, 03.04.01 Relleno para tuberías; 07 Prueba Hidráulica; 07.02 Prueba Hidráulica de tubería, se ejecutaron cumpliendo lo indicado en las especificaciones técnicas generales y especificaciones técnicas especificadas del expediente técnico de obra aprobado.

Está aprobado que el Expediente Técnico de obra fue aprobado por la Entidad mediante la Resolución de Gerencia N° 072-2013-GM-MDCC; en tal sentido, el Expediente Técnico forma parte del contrato y es de cumplimiento obligatorio para ambas partes.

Están acreditadas las especificaciones técnicas de 03.04 RELLENO; 03.04.01 relleno para tuberías; 07 (ANEXO 59 de la demanda arbitral), que deben ser cumplidas por las partes.

La Entidad sostiene que se habría infringido la Normatividad de obras de saneamiento; al respecto, conforme indicamos precedentemente, el **Onus Probandi**, (o carga de la prueba) señala que quién alega determinado hecho está obligado a probarlo. Así pues, de autos se advierte que la Entidad no ha probado cuál es la Normatividad de obras de saneamiento

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

que se ha infringido; mientras que por su parte el Consorcio ha señalado que las especificaciones técnicas fueron aprobadas por la propia entidad.

Queda absolutamente claro que el contrato es obligatorio para las partes y, de acuerdo a la norma de contratación pública el contrato se conforma por las especificaciones técnicas, bases integradas y el documento que lo contiene, así pues debe en caso el ejecutor de la obra está obligado a ello siempre y cuando no contravenga normas de rango superior y no se haya modificado en contrato.

La supervisión recomienda al contratista que debe seguir el procedimiento constructivo indicado por la Entidad, tal como lo sostiene en su carta N° 062-2014-CONCORDIA-SE, y sus Carta N° 008-2014-CONCORDIA-SE y Carta N° 016-2014-GIDU-MDCC. Sin embargo, a decir de este colegiado la recomendación de la Supervisión sólo es exigible si las recomendaciones indicadas cumplen lo pactado en el Contrato. Como se puede advertir el supervisor de obra efectuó recomendaciones al contratista; en tal sentido este colegiado considera conveniente analizar las funciones del supervisor de obra. Al respecto el Art. 103 del Reglamento De La Ley De Contrataciones De Estado regula las funciones del Supervisor de obra.

Así pues, Toda obra debe tener permanentemente con un inspector o con un supervisor, este último será una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin, y resulta obligatorio contratar un supervisor cuando el valor de la obra sea igual o mayor a lo señalado en la Ley de presupuesto. El supervisor de obra es responsable de la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato, del mismo modo, controla la ejecución de la obra y absuelve las consultas que le formule el contratista, finalmente, el supervisor puede ordenar retiro de personal rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

Como se puede advertir, el Supervisor no tiene atribuciones para modificar el Contrato, por lo que la ejecución del contrato se debe desarrollar conforme lo establecido y aprobado por las partes.

En este punto, cabe precisar que en determinadas ocasiones los árbitros, estando a la naturaleza técnica de una controversia, requieren la opinión de un perito para ilustrarse respecto de aquello que carece de un sustento netamente jurídico, a fin de crear certeza y convicción en su decisión. En el presente caso, la propia naturaleza técnica de la controversia fue advertida y abordada por las partes, quienes solicitaron desde un inicio la actuación de una pericia, la cual fue determinada y actuada por el Tribunal Arbitral, según las reglas establecidas por el Colegiado, que designó un perito imparcial y sin vinculación alguna a las partes.

Al respecto, cabe precisar que la pericia es aquel medio de prueba que puede ser ofrecido por cualquiera de las partes para que una persona ajena al proceso arbitral y/o entorno de los sujetos de la relación contractual emitan su opinión calificada respecto de algún punto o materia que escapa al entendimiento del árbitro y que debe necesariamente formar convicción en aquél¹⁵.

Asimismo, el doctor Jairo Parra establece que:

*"El dictamen pericial es un medio prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate, hace dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos."*¹⁶

¹⁵ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro. El arbitraje Ad Hoc en las Contrataciones del Estado. En: Instituto Pacífico S.A.C., Lima, 2010. Pág. 182.

¹⁶ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Séptima Edición. En: Ediciones Librería, 1997. Pág. 180.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

De la misma manera, el profesor Rioja Bermúdez señala que:

"La actividad a realizar del perito designado tiene por finalidad obtener certeza con relación a las afirmaciones respecto de los hechos alegados por las partes y por lo tanto consiste en la verificación de los hechos controvertidos en el proceso, por ello se señala que la actividad del perito no está destinada a la búsqueda de los hechos ni de fuentes de prueba, los peritos no investigan. Cualquier materia de especialización se encuentra sujeta a la realización de la revisión pericial."¹⁷

Igualmente, el doctor Gómez Lara pronunciándose sobre la utilidad de una pericia sostiene lo siguiente:

"La prueba pericial se hace necesaria en el proceso cuando en el proceso, para observar, para examinar el hecho que se trata de demostrar, se requieren conocimientos científicos, o bien, la experiencia de la práctica cotidiana de un arte o de un oficio. La prueba pericial es el medio de confirmación por el cual se rinden dictámenes acerca de la producción de un hecho y sus circunstancias conforme a la legalidad."¹⁸

Finalmente, Liebman respecto a la finalidad de la pericia establece que:

"tiene por finalidad de integrar los conocimientos del juez en los casos en los que para percibir o valorar una prueba son necesarios conocimientos técnicos de los cuales no está provisto. Cuando en un proceso se presentan problemas de tal

¹⁷ RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. El nuevo proceso civil. Editorial Adrus. Pág. 585.

¹⁸ GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil. En: Editorial Trillas. México, 1989. Pág. 104.

naturaleza, el consultor técnico es llamado a asistir al juez en su actividad con dictámenes o relaciones no vinculantes.”¹⁹

Como se puede advertir el perito al momento de emitir su dictamen pericial, tiene que ser objetivo e imparcial, ello con la finalidad de colaborar con el órgano jurisdiccional en la búsqueda de la verdad acerca de los hechos o factores puestos a su conocimiento. Es imprescindible entonces que el perito garantice la objetividad en la actuación pericial, pues su función es contribuir a formar la convicción judicial o arbitral, razón por la cual se estaría vulnerando la objetividad de la pericia siempre que se ponga de manifiesto alguna circunstancia que comprometa la imparcialidad del experto, situación que en el presente caso no ha sucedido, siendo el perito designado un profesional idóneo para determinar el encargo efectuado por el Tribunal.

En tal sentido, de acuerdo a lo establecido en los párrafos anteriores, el Informe Pericial constituye una herramienta adecuada para que el Tribunal que resuelve tenga certeza sobre el objeto de pericia que fue sometido a escrutinio y análisis del perito; en el presente caso, el Informe Pericial, ejecutado por el Ing. Dante Zevallos Málaga, ha adjuntado pruebas hidráulicas efectuadas por parte del Contratista y con visto de la Supervisión de la Obra.

Así pues, las partidas: 03.04 RELLENO; 03.04.01 RELLENO PARA TUBERÍAS; 07 PRUEBA HIDRÁULICA; 07.02 PRUEBA HIDRÁULICA DE TUBERÍA, están intrínsecamente ligadas a la Instalación de Tuberías, y esto ha sido desarrollado ampliamente en el Informe Pericial, el cual ha emitido opinión favorable a la ejecución de las partidas de acuerdo a las especificaciones técnicas aprobadas.

El Dictamen Pericial concluye lo siguiente:

¹⁹ LIEBMAN, Túlio Enrico. Manual de Derecho Procesal Civil. En: Ediciones Jurídica Europa – América, 1973. Pág. 300.

- (i) SI LA INSTALACIÓN DE LAS TUBERÍAS SE REALIZÓ CONFORME EL CONTRATO Y ESPECIFICACIONES SEÑALADAS Y APROBADAS POR LA ENTIDAD PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA.

Las partidas y sub-partidas correspondientes a la INSTALACION DE TUBERIAS, que se derivan de las Especificaciones Técnicas Específicas (Por Tramo) a las Especificaciones Técnicas Generales, y que se refieren a las Tuberías tipo Rib Loc y Rib Steel, HAN SIDO INSTALADAS CONFORME EL CONTRATO Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS SEÑALADAS Y APROBADAS POR LA ENTIDAD PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA mediante la Resolución de Gerencia N° 072-2013-GM-MDCC, que aprueba el Expediente Técnico de la obra.

- (ii) SI EL CONTRATISTA EJECUTÓ CORRECTAMENTE LA INSTALACIÓN DE TUBERÍAS

Las partidas y sub-partidas correspondientes a la INSTALACION DE TUBERIAS, que se derivan de las Especificaciones Técnicas Específicas (Por Tramo) a las Especificaciones Técnicas Generales, y que se refieren a las Tuberías tipo Rib-Loc y Rib Steel, EL CONTRATISTA EJECUTÓ CORRECTAMENTE LA INSTALACIÓN DE TUBERÍAS de acuerdo a las especificaciones técnicas aprobadas por la Entidad y las especificaciones del fabricante.

Al respecto, este Colegiado tomando como referencia la conclusión arribada por el perito, determina que los trabajos ejecutados correspondientes a las partidas: 03.04 RELLENO; 03.04.01 RELLENO PARA TUBERÍAS; 07 PRUEBA HIDRÁULICA; 07.02 PRUEBA HIDRÁULICA DE TUBERÍA, se ejecutaron cumpliendo lo indicado en las especificaciones técnicas generales y especificaciones técnicas específicas, del expediente de obra aprobado.

Por lo expuesto, este Colegiado declara FUNDADO el décimo primer punto controvertido, derivado de la quinta pretensión principal; en tal sentido

DECLÁRESE que los trabajos ejecutados correspondientes a las partidas: 03.04 RELLENO; 03.04.01 RELLENO PARA TUBERÍAS; 07 PRUEBA HIDRÁULICA; 07.02 PRUEBA HIDRÁULICA DE TUBERÍA, se ejecutaron cumpliendo lo indicado en las especificaciones técnicas generales y especificaciones técnicas específicas, del expediente de obra aprobado.

PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA A LA QUINTA PRETENSION PRINCIPAL

"Determinar si corresponde o no establecer que el peritaje elaborado por el Ing. Torreblanca y comunicado para su cumplimiento por la Entidad es vinculante para la ejecución de la obra y si puede modificar lo aprobado en el expediente técnico"

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Previo a analizar el presente punto controvertido, cabe precisar que la misma ha sido planteada a manera de pretensión subordinada a la quinta Pretensión Principal de la demanda; en ese sentido, este Tribunal Arbitral considera pertinente -con fines estrictamente ilustrativos- remitirse a las normas aplicables para la acumulación de pretensiones establecidas en el Código Procesal Civil -aclarando que dicho articulado procesal no es aplicable al proceso arbitral-; concretamente, el Artículo 87º del Código Procesal Civil, señala que:

"Artículo 87.- Acumulación objetiva originaria.-

La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesoria

cumpliendo con la legislación vigente, cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás."

Al respecto, la pretensión subordinada es aquella que será revisada si la pretensión principal a la que se vincula no ha sido amparada y por tanto no corresponde pronunciamiento alguno, por lo que deviene en IMPROCEDENTE.

Sin perjuicio de ello, y únicamente con afán ilustrativo este Colegiado considera conveniente indicar que en el contrato suscrito entre la Entidad y el Contratista, representa a la entidad el Alcalde Sr. Manuel Enrique Vera Paredes, mientras que al contratista lo representa el Sr. Nelson Abelardo Sueros Jaramillo. En este caso en el contrato no se ha previsto en ninguna cláusula delegar o otorgar a ningún funcionario de la entidad facultades para asumir la condición de representante ante el Consorcio ni de fiscalizador del Contrato.

Asimismo, el artículo N° 5 sobre Especialidad de la Norma y Delegación de la Ley de Contrataciones del Estado definen que el Titular de la Entidad puede delegar mediante Resolución, la autoridad que la presente norma le otorga, excepto la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra.

En el presente caso el Titular de la Entidad, en este caso el Alcalde, no podía delegar su autoridad de autorizar o no adicionales o deductivos, como forma de modificar el contrato.

El contrato, las bases integradas y la propuesta del Contratista no han previsto la intervención de un perito en la modificación o control del contrato, en ese sentido, la Entidad no puede modificar unilateralmente el contrato mediante la comunicación de cartas de la supervisión o el Área de Supervisiones, porque toda modificación es por acuerdo de las partes.

El Ing. Javier Palacios Seira, Jefe del Área de Supervisiones, no estaba acreditado mediante Resolución, ni mediante el Reglamento de Organización y funciones (ROF) y el Manual de Organización y funciones (MOF), de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, a modificar el contrato, pretendiendo hacer cumplir con lo que indica el peritaje del Ing. Wualter Torreblanca, lo que está probado en las siguientes comunicaciones:

Carta N° 102-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, (ANEXO 68),
Carta N° 112-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, (ANEXO 69),
Carta N° 028-2014-CONCORDIA-SE, (ANEXO 70),
Carta N° 068-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, (ANEXO 71),
Carta N° 169-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, (ANEXO 72),

Es cierto lo alegado por el Contratista de que no pueden intervenir terceros en la ejecución de la obra, porque para ello, la entidad cuenta con un Supervisor que es el representante de la entidad de conformidad con las funciones de dicho profesional, conforme hemos desarrollado en el punto controvertido precedente.

Del mismo modo, la Ley De Contrataciones Del Estado en su artículo 47º y el Reglamento De La Ley De Contrataciones Del Estado, define al respecto en sus artículos 190º y 193º, las responsabilidades de la Supervisión de obra, y no mencionan la intervención de un "perito" extraño a la obra.

Por otro lado, conforme se ha determinado precedentemente, la Entidad NO ha podido sustentar cual es la normatividad vigente, las especificaciones técnicas y métodos constructivos asociados a la buena práctica de la ingeniería de saneamiento que habría infringido el Contratista.

En tal sentido, este colegiado considera necesario precisar que el peritaje elaborado por el Ing. Wualter Torreblanca y comunicado para su

cumplimiento por la entidad no es vinculante para la ejecución de la obra y no puede modificar lo aprobado en el expediente técnico.

Por lo expuesto, este Colegiado declara IMPROCEDENTE el décimo segundo punto controvertido, derivado de la primera pretensión subordinada a la quinta Pretensión Principal, teniendo en cuenta las precisiones efectuadas en los considerandos pertinentes.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Determinar si corresponde o no establecer que los materiales de la partida: 06 Suministro e instalación de tubería, definidas en el Expediente Técnico y aprobada mediante Resolución de Gerencia N° 072-2013-GM-MDCC, han sido elegidos de acuerdo a las bases y contrato."

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Determinar si corresponde o no declarar que el Dictamen N° 005-2013-Comisión Calificadora no es vinculante para la ejecución de obra y no puede modificar lo aprobado en el expediente técnico, y determinar si es ineficaz al no haber sido comunicado al contratista."

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

El Tribunal analizará conjuntamente la sexta pretensión principal y la primera pretensión subordinada a la sexta pretensión principal, pues guardan relación intrínseca, en tal sentido el tribunal considera lo siguiente:

En ese sentido, el colegiado considera conveniente definir primero si el Dictamen N° 005-2013-COMISION CALIFICADORA, es vinculante

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

considerando que lo que exige la Entidad es que se coloque tubería HDPE en los tramos III y V del Expediente Técnico, porque de ser vinculante este dictamen en estos tramos III y V de la obra, los materiales de la partida 06. Suministro e Instalación de Tubería, serían diferentes a los que se define para todos los demás tramos de la obra.

De no ser vinculante este Dictamen, este colegiado considera que tácitamente se tendrá que los materiales de la partida: 06 Suministro e instalación de tubería, definidas en el Expediente Técnico y aprobada mediante Resolución de Gerencia N° 072-2013-GM-MDCC, han sido elegidos de acuerdo a las bases integradas y el contrato.

Está probado que la Entidad ha comunicado con Carta N° 331-2013-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, de fecha 16 de agosto 2013, al Contratista la Resolución de Gerencia N° 072-2013-GM-MDCC, que aprueba el Expediente Técnico y sin embargo no adjuntó a dicha carta el Dictamen N° 005-2013-COMISION CALIFICADORA.

Es importante efectuar un análisis de las fechas de comunicación de la Entidad al Contratista respecto a este Dictamen:

La Carta N° 331-2013-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, de fecha 16 de agosto 2013, que comunica al Contratista y adjunta la Resolución de Gerencia N° 072-2013-GM-MDCC que aprueba el Expediente Técnico, pero no entrega el Dictamen N° 005-2013-COMISION CALIFICADORA.

Carta N° 022-2014-CONCORDIA-SE, de la Supervisión, de fecha 28 de enero 2014, y Carta N° 069-2014-CONCORDIA-SE, de fecha 12 de febrero 2014, de la Supervisión y Carta N° 132-2014-SUPERVISORES-GIDU-MDCC, de fecha 11 de febrero 2014, de la Entidad que es la de comunicación de la colocación de tuberías HDPE en las sub cuencas III y V.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

Este colegiado advierte que la Entidad ha comunicado al contratista su discrepancia sobre el tipo de tubería 150 días posteriores a la de su aprobación del Expediente Técnico.

Por otro lado es importante analizar el INFORME N° 018-2014-DSU-SAD, emitido por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, que sobre la elección de tubería indica lo siguiente:

2.4. Asimismo, en el Dictamen N° 05-2013- COMISION CALIFICADORA, emitido por los miembros de la Comisión de Evaluación de Expediente Técnico Concurso Oferta, mediante el cual da conformidad para la aprobación del Expediente Técnico de la obra elaborado por el Consorcio Colorado Pluvial, se indica lo siguiente:

La Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico a cargo de la Empresa CONCORDIA INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN SAC, teniendo como representante legal al Ing. Juan Rosales Heredia al respecto ha emitido Carta de respuesta mencionando a sus Especialistas Lic. Francisco Alave y el jefe de Supervisión Ing. Luis Cíceres Solís, con Carta S/N del 08 de Julio del 2013 registrado en la GIDU con N° 7185, se RATIFICAN en que el material que debe utilizarse en la presente obra debe ser el PVC y desestima el uso del material HDPE indicando que no se cuenta con sustento técnico suficiente en el estudio de factibilidad. La Supervisión indica además que la tubería HDPE está condicionada a una marca, y a su vez afirma que la Norma NTP 399.163 propuesta por este despacho está DEROGADA.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

2.5. De lo expuesto se advierte que, en efecto, se varió el tipo de tubería del tipo "HDPE corrugado" a "Tubería PVC", habiéndose registrado la modificación respectiva en el Banco de Proyectos.

2.10. Como se desprende de las normas reseñadas, no puede negarse la facultad de las Entidades a definir las características y especificaciones técnicas de lo que pretende contratar, toda vez que la determinación de las mismas es parte inherente de la satisfacción de su necesidad y el consecuente cumplimiento de la finalidad pública a la que se debe.

Precisamente por ello, la normativa de contratación pública ha previsto también la posibilidad de modificar los términos contractuales, de manera que se salvaguarde el cumplimiento de la finalidad pública de cualquier contingencia que pudiera presentarse luego de suscrito el contrato, no obstante, ello solo podrá realizarse siempre que no se modifiquen aquellas características que fueron determinantes para la elección del proveedor, toda vez que lo contrario desnaturalizaría todo el procedimiento de contratación, el cual tiene entre sus principios el garantizar la transparencia y la libre concurrencia y competencia de los proveedores que participan en este.

1. Ahora bien, de la revisión de los documentos que sustentaron la modificación de las Tuberías a utilizarse, se advierte que las razones vertidas para justificar dicho cambio son inminentemente técnicas, siendo que la Entidad ha dado su respectiva aprobación a las mismas. En ese sentido, en mérito a sus facultades, la Entidad se ha hecho responsable de la referida modificación, asumiendo, de ser el caso, las consecuencias que eventualmente puedan derivarse de la misma.

Por lo tanto, este informe del OSCE es claro en señalar que el cambio de tubería de HDPE a PVC, ha sido de acuerdo a las normas vigentes.

Asimismo, cabe indicar que, el perito designado, Ing. Dante Zevallos Málaga, en su Informe Pericial señala en relación suministro de la partida: 06. SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE TUBERÍA, definidas en el expediente técnico, que las mismas han sido elegidas de acuerdo a las bases y contrato.

Tomando en consideración lo indicado por el perito, este colegiado considera que los materiales de la partida 06. Suministro e Instalación de Tubería, definidas en el expediente técnico y aprobada mediante Resolución de Gerencia N° 072-2013-GM-MDCC, han sido elegidos de acuerdo a bases y contrato.

Por lo expuesto, este Colegiado declara FUNDADO el décimo cuarto punto controvertido, derivado de la Primera Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal; en consecuencia, DECLÁRESE que EL DICTAMEN N° 005-2013-COMISIÓN CALIFICADORA, no es vinculante para la ejecución de la obra y por lo tanto no puede modificar lo aprobado en el expediente técnico y asimismo es ineficaz al no haber sido comunicado al contratista.

El Tribunal Arbitral precisa en relación al décimo tercer punto derivado de la Sexta Pretensión Principal, que los materiales de la partida 06. Suministro e instalación de tubería, definidas en el expediente técnico y aprobada mediante Resolución de Gerencia N° 072-2013-gm-mdcc, han sido elegidos de acuerdo a las bases integradas y el contrato.

SETIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Determinar si corresponde o no ordenar que la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado reconozca la plena validez del calendario de avance de obra valorizado actualizado y la Programación PERT CPM correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 01, presentado por el Contratista y elevado por el Supervisor de obra a la Entidad."

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Este punto controvertido busca Determinar si corresponde o no ordenar que la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado reconozca la plena validez del calendario de avance de obra valorizada actualizada y la Programación PERT CPM correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 01, presentado por el Contratista y elevado por el Supervisor de obra a la Entidad. Al respecto, el Artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece el procedimiento que debe seguir el contratista que solicite una ampliación de plazo:

"(...)

*La ampliación de plazo obligará al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT - CPM correspondiente, considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la Resolución que aprueba la ampliación de plazo. El inspector o supervisor deberá elevarlos a la ENTIDAD, con los reajustes concordados con el residente, en un plazo máximo de siete (7) días, contados a partir de la recepción del nuevo calendario presentado por el CONTRATISTA. En un plazo no mayor de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la ENTIDAD deberá pronunciarse sobre dicho calendario, el mismo que, una vez aprobado, reemplazará en todos sus efectos al anterior. **De no pronunciarse la entidad en el plazo señalado, se tendrá por aprobado el calendario aprobado por el inspector o supervisor.** Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de ésta decisión."*

Como se puede apreciar, el contratista debe presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT - CPM correspondiente, dentro de los diez (10) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la Resolución que aprueba la ampliación de plazo. Asimismo, la entidad señala que "**De no pronunciarse la entidad en el plazo señalado, se**

tendrá por aprobado el calendario aprobado por el inspector o supervisor."

Al respecto, este colegiado considera conveniente señalar los siguientes hechos relevantes:

- Con fecha 07-12-2013 mediante Carta N° 080-2013-OF-AQP/CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL, (ANEXO 77), el Contratista solicitó la Ampliación de plazo N° 01 a la Supervisión de obra.
- Mediante Carta N° 116-2013-CONCORDIA-SE, (ANEXO 78), de fecha 16-12-2013, la Supervisión de obra opina que la ampliación de plazo N° 01.
- Mediante Carta N° 107-2013-OF-AQP/CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL, (ANEXO 79), del 09-01-2014, el Contratista cumple con presentar de CAO Actualizado y PERT CPM.
- Mediante Carta N° 047-2014-OF-AQP/CONSORCIO CERRO COLORADO PLUVIAL, (ANEXO 80), Consorcio comunicó a la Entidad el consentimiento de la Ampliación de Plazo 01.

Como puede apreciarse, el Consorcio cumplió con presentar el calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT - CPM correspondiente, conforme la norma vigente lo indica. Al respecto, la Entidad señala lo siguiente:

"Que, en cuanto a la Séptima Pretensión Principal, que solicita que LA ENTIDAD RECONOZCA DE PLENA VALIDEZ EL CALENDARIO DE AVANCE DE OBRA VALORIZADO

ACTUALIZADO Y LA PROGRAMACIÓN PERT CPM CORRESPONDIENTE A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO 01, PRESENTADO POR EL CONTRATISTA Y ELEVADO POR EL SUPERVISOR DE OBRA A LA ENTIDAD, **NEGAMOS Y RECHAZAMOS LA MISMA EN TODOS LOS EXTREMOS;** pues el Calendario de Avance de Obra Valorizado Actualizado y la programación PERT CPM ha debido ser convalidada mediante Resolución emitida por la Entidad, lo que a la fecha no se ha producido, por lo tanto este documento presentado por el Contratista no tiene validez ni es vinculante para el contrato"

Conforme se puede apreciar, la Entidad señala que "el Calendario de Avance de Obra Valorizado Actualizado y la programación PERT CPM ha debido ser convalidada mediante Resolución emitida por la Entidad", sin embargo, conforme la norma vigente establece en caso la entidad no se pronuncie se tendrá por aprobado el calendario aprobado por el inspector o supervisor.

Este Colegiado declara FUNDADO el décimo quinto punto controvertido derivado de la séptima pretensión principal; en consecuencia, ORDÉNESE que la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado reconozca la plena validez del calendario de avance de obra valorizado actualizado y la Programación PERT CPM correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 01, presentado por el Contratista y elevado por el Supervisor de obra a la Entidad.

DECIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no ordenar que la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado asuma los gastos de mantención de las cartas fianza por el fiel cumplimiento de la obra mientras dure el presente proceso arbitral."

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

Al respecto, el artículo 158º del Reglamento señala expresamente lo siguiente:

"Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras (...)".

Del mismo modo, el Reglamento en el artículo 162º establece que:

"La Entidad sólo puede entregar los adelantos previstos en las Bases y solicitados por el contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto y un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto otorgado. La presentación de esta garantía no puede ser exceptuada en ningún caso. Cuando el plazo de ejecución contractual sea menor a tres (3) meses, las garantías podrán ser emitidas con una vigencia menor, siempre que cubra la fecha prevista para la amortización total del adelanto otorgado. Tratándose de los adelantos de materiales, la garantía se mantendrá vigente hasta la utilización de los materiales o insumos a satisfacción de la Entidad, pudiendo reducirse de manera proporcional de acuerdo con el desarrollo respectivo".

Como puede apreciarse el ordenamiento jurídico establece e impone como condición a los que participen en un proceso de selección que otorguen ciertas garantías, como la de fiel cumplimiento, para que garantice el

cumplimiento de las prestaciones pactadas. En estos supuestos el contratante con la entidad conoce de antemano que tiene que asumir los costos por las renovaciones que por lo generalmente tiene que abonar el contratante a favor de la empresa financiera que emite la garantía.

En tal sentido, bien podríamos afirmar que el costo por las garantías que emitan las empresas del sistema financiero para respaldar las obligaciones de un contratante con una entidad deben ser asumidas por el contratante, puesto que este previamente a participar en un proceso de selección conoce las condiciones establecidas y él es libre de elegir participar o no.

Siendo ello así, y que las cartas fianza de fiel cumplimiento deben mantenerse vigentes hasta el consentimiento de la liquidación final conforme la normativa vigente, corresponde declarar INFUNDADO el décimo sexto punto controvertido.

PUNTO CONTROVERTIDO DE ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

DETERMINAR SI ES PROCEDENTE O NO EL PAGO POR PARTE DE LA ENTIDAD A FAVOR DEL CONTRATISTA DE LA SUMA ASCENDENTE A S/ 5'490,646.98 (CINCO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS 98/100 NUEVOS SOLES), MAS LOS INTERESES GENERADOS A LA FECHA DE CANCELACION, POR CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA CORRESPONDIENTE AL RECONOCIMEINTO DE MAYORES TRABAJOS EJECUTADOS EN LA OBRA POR EL CONTRATISTA EN LOS TRAMOS:

A.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.

B.- TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 1.

C.- TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.

PARA QUE NO CONSTITUYA ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA POR PARTE DE LA ENTIDAD, EN RAZON DE QUE EL CONTRATISTA HA INCURRIDO REALMENTE EN LOS GASTOS VALORIZADOS.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

El Tribunal al emitir opinión sobre la Primera Pretensión Principal, ha definido que la Entidad es responsable de la falta de libre disponibilidad física del terreno en los tramos:

Tramo A.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2,

Tramo B.- TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 1, y

Tramo C.- TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2,

Fundamenta el Contratista que el expediente técnico ha sido aprobado mediante la Resolución N° 072-2013-GM-MDCC, por lo tanto de manera intrínseca la entidad ha aprobado los trazos por donde debe colocarse la tubería, trazos que han sido modificados en el proceso a ejecución de la obra por falta de libre disponibilidad física de terrenos que son parte del saneamiento físico legal, la cual estaba obligada realizar la entidad, asimismo la supervisión aprobó los cambios de trazo y se lo comunicó a la Entidad.

Se ha probado que mediante el asiento del cuaderno de obra Asiento N° 214, el Inspector de Obra aprobó la modificación de los trazos por la causal de falta de libre disponibilidad de terrenos en los tramos A y B.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

En el Tramo C.- TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2, el Contratista ha probado que en el Asiento N° 041, el Supervisor de Obra aprobó modificación de trazo por falta de libre disponibilidad física del terreno.

También prueba el Contratista que ha comunicado a la Entidad la ejecución de los trabajos en los tramos A, B y C; mediante los siguientes asientos: Asientos N° 264, 266, 268, 270, 272, 274, 276, 278, 280, 282, 284, 286, 288, 290, 292, 294.

Las Valorizaciones de los trabajos ejecutados fueron comunicados a la Entidad mediante Carta N°148-2014-AQP/CONSORCIOCERROCOLORADOPLUVIAL y el ASIENTO N° 296 y ASIENTO N° 297.

El Contratista no ha ejecutado las nuevas obras por su propia decisión sino que dichas obras fueron aprobados en sus nuevos trazos por la Entidad y que son necesarias para alcanzar la finalidad del contrato.

La sustentación del Contratista señala lo siguiente: Si la Entidad no tenía la libre disponibilidad física de los terrenos por no haber obtenido los permisos, servidumbres o similares; el contratista tenía que proponer cambios de trazos para alcanzar al finalidad del contrato y culminarlo, y que se conseguía con la ejecución de nuevos trabajos no considerados en el Expediente Técnico aprobado por la entidad y dichos trabajos cambiaban también las especificaciones técnicas al tener que ejecutarse túneles.

El Art. 1361 del Código Civil sobre la obligatoriedad de los contratos establece lo siguiente: Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla, por lo tanto si la Entidad dentro de las estipulaciones de las bases

y/o el contrato en ninguna cláusula especificó o se hizo responsable de la obtención de las autorizaciones, permisos, servidumbre, por donde pasa el trazo de la tubería, al contratista, por tanto estas autorizaciones, permisos y servidumbre son responsabilidad de la Entidad.

En ese sentido, se advierte que el Consorcio se ha visto en la necesidad de ejecutar mayores trabajos, los cuales han sido obligados por la Entidad²⁰, lo cual ha significado un detrimiento de su patrimonio los cuales han sido en beneficio del demandado, configurándose el Enriquecimiento sin Causa.

El jurista peruano Mario Castillo Freyre señala que existen diversas teorías que intentan explicar lo que implica el enriquecimiento sin causa: (i) Aquellas que lo consideran como un fuente obligaciones a fin a la gestión de negocios o la responsabilidad extracontractual; (ii) Aquellas que lo conciben como una fuente de obligaciones propia e independiente y; (iii) Aquellas que señalan que no es una fuente autónoma de obligaciones sino un principio que informa el ordenamiento jurídico en general. El mismo Castillo Freyre señala que el enriquecimiento sin causa no puede presentarse en el escenario contractual "fue una posición bastante difundida en la doctrina antigua", sin embargo, otra corriente doctrinaria considera que "...el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el Derecho en general, podríamos afirmar que dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato".

El enriquecimiento sin causa es "*un principio abstracto que informa el derecho civil en general y que ha sido convertida en norma positiva expresamente (...) con el objeto de producir una obligación en quien se enriquece y un derecho subjetivo en quien se empobrece*"²¹.

²⁰ En este punto se debe recordar que la misma entidad determinó los trazos.

²¹ Campos Medina, Alexander. La Arbitrabilidad del Enriquecimiento sin Causa. Revista Peruana de Arbitraje Nro. 03. 2006. Pág. 314.

La Ley de Contrataciones del Estado señala expresamente que todas las controversias que pudieran surgir como consecuencia de un contrato con el Estado, son susceptibles de resolverse mediante conciliación y/o arbitraje, en tal sentido, este colegiado es competente para resolver conflictos presentados durante la ejecución contractual, incluyendo por supuesto los referidos al enriquecimiento sin causa.

El enriquecimiento sin causa tiene contenido patrimonial (*per se*), y por tanto es materia arbitrable, asimismo, este colegiado advierte que el convenio arbitral no ha excluido el enriquecimiento sin causa. En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que el enriquecimiento sin causa es un principio del Derecho que puede aplicarse en el marco de una ejecución contractual como fuera del contrato.

El denominado enriquecimiento indebido o enriquecimiento sin causa se encuentra regulado en los artículos 1954º y 1955º de la sección Cuarta del Libro VII (Fuentes de las Obligaciones) del Código Civil (CC). El artículo 1954º señala que "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo", el artículo citado se configura como una obligación legal, que no necesariamente requiere encontrarse dentro una relación contractual. Esto es confirmado por el artículo 2098º, así pues "Las obligaciones que nacen por mandato de la ley, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y el pago indebido, se rigen por la Ley del lugar en el cual se llevó o debió llevarse a cabo el hecho originario de la obligación".

En tanto que el artículo 1955º, aclara que se trata de una acción residual o supletoria pues "La acción a que se refiere el artículo 1954º no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización".

En este punto, es preciso preguntarse ¿si cabe otra acción posible prevista en la Ley exigir el derecho? Así pues, anteriormente este colegiado ha

indicado que es el Tribunal Arbitral el competente para resolver las controversias, de conformidad con lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, la cual establece que las controversias que surjan entre las partes se resolverán mediante conciliación o arbitraje.

Por otra parte, debe tenerse presente que el propio Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, en las Opiniones de su Dirección Técnica Normativa Nro. 48-2007/DOP; Opinión Nro. 53-2007/DOP, Opinión Nro. 59-2009/DTN, Opinión Nro. 83-2009/DTN, Opinión 973-2011/DTN, Opinión 067-2012/DTN, ha reconocido que el Estado sí puede incurrir en enriquecimiento sin causa por la ejecución de una obra o prestación de servicios en su favor, sin base contractual o sin haberse seguido las formalidades, requisitos y procedimientos establecidos por la normativa de contrataciones del Estado para el respectivo proceso de contratación.

En ese sentido el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE señala lo siguiente:

"(...) si una Entidad obtuvo la prestación de un servicio por parte de un proveedor, este tendría derecho a exigir que la Entidad le reconozca el precio del servicio prestado – aun cuando la prestación del servicio haya sido obtenida sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado-, pues el Código Civil²², en su artículo 1954, establece que "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

Al respecto, el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante la Resolución N° 176/2004.TC-SU, ha establecido lo siguiente:

²² De aplicación supletoria en la ejecución de los contratos que se ejecutan bajo las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, de conformidad con el artículo 142 del Reglamento. Para mayor información sobre este criterio puede revisarse la Opinión N° 072-2011/DTN.

"(...) nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido - aún sin contrato válido - un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954 del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente."

(...)

Así, para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato.

Por tanto, el proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos de requerir el reconocimiento del precio de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad, mediante una indemnización. Situación en la cual corresponde a la autoridad que conozca y resuelva dicha acción evaluar si la Entidad se ha beneficiado -enriquecido a expensas del proveedor- con la prestación del servicio, en cuyo caso, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, ordenaría a la Entidad no sólo reconocer el íntegro del precio de mercado del servicio

prestado, y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción." (Opinión Nro. 067-2012/DTN)

Asimismo, la segunda sala Civil Subespecializada en lo Comercial de Lima ha señalado en el EXPEDIENTE N°0118-2013-0-1817-SP-CO-02 lo siguiente:

"(...) A consideración del suscrito no cabe argumentar que como quiera que tales prestaciones adicionales no fueron autorizadas por la entidad, entonces no forman parte del contrato y, por ende no pueden cobijarse en el convenio arbitral precitado, por cuanto un tal argumento no niega el dato de la realidad, que el invocado enriquecimiento sin causa ha surgido durante la ejecución del contrato, con ocasión del mismo y funcionalmente vinculado al objetivo de dicho contrato. Si como se ha dicho, el enriquecimiento sin causase sustenta en el principio de equidad que informa el Derecho en general, se puede afirmar que dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato; por tanto, si las controversias sobre dicho enriquecimiento sin causa surgen después de la celebración del contrato, en la ejecución del mismo, resulta por lógica una materia arbitrable, en aplicación, además, del principio *favor arbitralis*."

Ahora bien, la figura del Enriquecimiento sin Causa regulada en el artículo 1954º del código civil señala que la **Acción por enriquecimiento sin causa, es procedente contra** Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo. La regulación antes descrita está basada en el principio general del derecho el que nadie pueda enriquecerse con daño o detrimento de otro y que si ello ocurre, el enriquecimiento debe restituirse (conforme ya indicamos).

Habiendo determinado que este colegiado es competente para analizar el enriquecimiento sin causa, corresponde determinar si, en el presente caso, se ha producido el Enriquecimiento sin causa.

En primer lugar, como hemos apuntado anteriormente, para que se configure el enriquecimiento sin causa debe haber existido la utilidad, beneficio o ganancia que obtiene un sujeto a costa de otro. En el presente caso, la Entidad se ha enriquecido con los túneles ejecutados por el Consorcio, en los tramos indicados en la acumulación de pretensiones. Asimismo, se verifica que el desplazamiento del patrimonio efectuado por el Contratista, a fin de ejecutar los túneles por modificación de trazos y cambio de especificaciones técnicas, este desplazamiento de patrimonio corresponde al denominado "empobrecimiento" por parte del Consorcio.

Ahora bien, el desplazamiento de patrimonio efectuado por la Entidad corresponde a trabajos para ejecutar la obra, razón por la cual este colegiado advierte que el desplazamiento de valores del patrimonio del se ha dado de manera directa pues el Consorcio y ejecutó trabajos a beneficio de la Entidad.

Asimismo, se debe indicar que la causa del desplazamiento patrimonial de los mayores trabajos realizados por la entidad corresponde a los cambios de los trazos y especificaciones técnicas del Expediente Técnico aprobado, que no correspondían al Consorcio

Las diferentes opiniones OSCE sobre la posibilidad de someter los mayores trabajos ejecutados al Arbitraje mediante el Enriquecimiento sin causa, como son: la OPINION EN ARBITRAJE N° 004-2012/DAA, de la Dirección de Arbitraje Administrativo y la OPINION N° 042-2010/DTN, OPINION N° 042-2011/DTN, OPINION N° 051-2012/DTN, OPINION N° 083-2012/DTN, apoyan los argumentos del contratista siempre y cuando conforme a lo indicado por OSCE se verifiquen las siguientes condiciones:

- Que al Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido;
- Que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y
- Que no exista causa jurídica para esta transferencia patrimonial.

De lo expuesto hasta este punto, este colegiado verifica el cumplimiento de las condiciones señaladas por el OSCE.

En este punto, cabe precisar que en determinadas ocasiones los árbitros, estando a la naturaleza técnica de una controversia, requieren la opinión de un perito para ilustrarse respecto de aquello que carece de un sustento netamente jurídico, a fin de crear certeza y convicción en su decisión. En el presente caso, la propia naturaleza técnica de la controversia fue advertida y abordada por las partes, quienes solicitaron desde un inicio la actuación de una pericia, la cual fue determinada y actuada por el Tribunal Arbitral, según las reglas establecidas por el Colegiado, que designó un perito imparcial y sin vinculación alguna a las partes.

Al respecto, cabe precisar que la pericia es aquel medio de prueba que puede ser ofrecido por cualquiera de las partes para que una persona ajena al proceso arbitral y/o entorno de los sujetos de la relación contractual emitan su opinión calificada respecto de algún punto o materia que escapa al entendimiento del árbitro y que debe necesariamente formar convicción en aquél. En tal sentido, ante la solicitud de la entidad, este colegiado designó el perito Ing. Dante Zevallos Málaga, quien en su Dictamen Pericial emite las siguientes conclusiones, respecto de la controversia analizada en el presente punto controvertido:

(iii) SI EXISTIERON MAYORES TRABAJOS NECESARIOS PARA LA OBRA EN LOS TRAMOS QUE SE INDICA EN LA

**ACUMULACIÓN DE PRETENSIÓN PRESENTADA POR EL
CONTRATISTA.**

Del análisis respectivo se desprende que **SI EXISTIERON MAYORES TRABAJOS NECESARIOS PARA LA OBRA EN LOS TRAMOS QUE SE INDICA EN LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIÓN PRESENTADA POR EL CONTRATISTA** en los siguientes tramos:

- A. TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.
- B. TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 1.
- C. TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.

Los mayores trabajos ejecutados se refieren básicamente a la ejecución de túneles en tramos.

(iv) **DE EXISTIR MAYORES TRABAJOS EJECUTADOS PARA LA OBRA EL PERITO DEBERÁ EFECTUAR LA VALORIZACIÓN DE LOS MAYORES TRABAJOS EJECUTADOS EN LOS TRAMOS QUE SE INDICA EN LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIÓN PRESENTADA POR EL CONTRATISTA.**

La valorización de mayores trabajos ejecutados es la siguiente:

- A. TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.
- B. TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 1.
- C. TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.

Resumen general de:

LA VALORIZACIÓN DE LOS MAYORES TRABAJOS EJECUTADOS EN LOS TRAMOS QUE SE INDICA EN LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIÓN PRESENTADA POR EL CONTRATISTA, CON LOS RESPECTIVOS DEDUCTIVOS POR TRABAJOS NO EJECUTADOS DEBIDO AL CAMBIO DE TRAZO (ANEXO 30).

El Anexo 28 del Informe Pericial valoriza los Mayores Trabajos ejecutados en los tramos:

- A. TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.
- B. TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 1.
- C. TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.

El Resumen de esta Valorización es como sigue:

RESUMEN VALORIZACION DE MAYORES METRADOS

SUBCUENCIAS	COSTO DIRECTO
VALORIZACION MAYORES METRADOS (BI17- AL BI24) SUBCUENCA I - TRAMO 1-3	S/. 1,053,845.68
VALORIZACION MAYORES TRABAJOS SUBCUENCA II (BI-09 AL BI-12) TRAMO2-1 / 2-2	S/. 415,788.37
VALORIZACION MAYORES METRADOS (BI-16 AL BI-18) ADICIONAL SUBCUENCA II-TRAMO2 -3	S/. 802,971.83
COSTO DIRECTO TOTAL	S/. 2,272,605.88
GASTOS GENERALES (12.94%)	S/. 294,172.21
UTILIDAD (5.39556%)	S/. 122,619.81
SUBTOTAL	S/. 2,689,397.90
IGV (18%)	S/.484,091.62
TOTAL VALORIZACION	S/.3,173,489.53

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

Por otro lado, el Anexo 29 del Informe Pericial, valoriza los deductivos de los trabajos no ejecutado en los tramos:

- A. TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.
- B. TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 1.
- C. TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.

El Resumen de esta Valorización es como sigue:

PPTO. SUB CUENCA	SUBCUENCA I		SUBCUENTA II
	BI-17 -	BI-16 - BI-18	BI-09 - BI-12
	BI-24		
COSTO DIRECTO	403039.51	269040.52	233707.83
UTILIDAD (5.39%)	21723.83	14501.28	12596.85
GASTOS GENERALES (10.21%)	41150.33	27469.04	23861.57
Sub Total	465913.67	311010.84	270166.25
IGV	83864.46	55981.95	48629.93
TOTAL PRESUPUESTO	549778.13	366992.79	318796.18
TOTAL PPTO. DEDUCTIVO	S/. 1,235,567.10		

El Anexo 30 del Informe Pericial presenta un Resumen de los Presupuestos tanto de los Presupuestos de Mayores Metrados, como de los Presupuesto Deductivos, de los trabajos no ejecutados en los tramos:

- A. TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2
- B. TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 1.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

C.-. TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.

Luego de una revisión del Informe Pericial el RESUMEN VALORIZACION DE MAYORES METRADOS CONTRA RESUMEN DE VALORIZACION DE PRESUPUESTOS DEDUCTIVOS, establece lo siguiente:

RESUMEN DE PRESUPUESTO

RESUMEN DE PRESUPUESTOS DEDUCTIVOS			
	SUBCUENCA	SUBCUENTA II	
	I	BI-16 -	BI-09 -
COSTO DIRECTO	403039.51	269040.52	233707.83
UTILIDAD (5.39%)	21723.83	14501.28	12596.85
GASTOS GENERALES (10.21%)	41150.33	27469.04	23861.57
Sub Total	465913.67	311010.84	270166.25
IGV	83864.46	55981.95	48629.93
TOTAL PRESUPUESTO	549778.13	366992.79	318796.18
TOTAL PPTO. DEDUCTIVO	S/. 1,235,567.10		

RESUMEN DE PRESUPUESTOS MAYORES METRADOS

	SUBCUENCA	SUBCUENTA II	
	I	BI-16 -	BI-09 -
Costo Directo Subpresupuesto	1053845.68	802971.83	415788.37
COSTO DIRECTO	S/. 2,272,605.88		
UTILIDAD (5.39%)	S/. 122,619.81		
GASTOS GENERALES (12.94%)	S/. 294,172.21		
Sub Total	S/. 2,689,397.90		

IGV	S/. 484,091.62
TOTAL PRESUPUESTO	S/. 3,173,489.53

**DIFERENCIA PRESUPUESTO MAYORES METRADOS CONTRA
PRESUPUESTO DEDUCTIVO**

S/. 1, 937,922.43 (UN MILLON NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL
NOVECIENTOS VENTIDOS 43/100 NUEVOS SOLES)

Al respecto, este Colegiado, tomando como referencia lo establecido por el perito, lo cual no ha sido objetado por el contratista, y que la Entidad no ha podido rebatir de manera irrefutable y documentalmente, determina que existen mayores trabajos ejecutados por el contratista y no reconocidos por la entidad, generados por el cambio de trazos y expediente técnico, los trabajos antes referidos ascienden a la suma de S/. 3, 173,489.53, monto al que debe deducirse el deductivo ascendente a la suma de S/. 1, 235,567.10.

En relación a los intereses, la legislación peruana, nos brinda mayores alcances, no solo a su aplicación sino también a su naturaleza, razón por la cual este colegiado considera necesario hacer mención y aplicar tanto la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento como de manera supletoria el Código Civil, en lo relativo a los intereses reclamados por la demandante, por lo que procederemos a analizar los artículos pertinentes a la luz de la referida normativa.

En ese sentido, habiéndose declarado fundada en parte la pretensión relativa al enriquecimiento sin causa correspondiente al reconocimiento de mayores trabajos ejecutados en la obra por el contratista en los tramos peticionados, este colegiado deberá determinar si corresponde declarar o no el pago de los respectivos intereses, determinando primero la naturaleza los intereses, así como el tipo de intereses que corresponda; por lo que, a continuación se describirán los mismos, para posteriormente, poder determinar si son o no, de aplicación al presente caso.

Para ello, resulta pertinente citar a los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre²³:

"(...) Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria y deuda no pecuniaria o de valor (...).

De este modo, no la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de los intereses". (El subrayado es nuestro)

El ordenamiento legal peruano ha establecido dos tipos de intereses: el interés compensatorio y el moratorio. El primero se da cuando se constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. En cambio, el interés es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago, conforme a lo dispuesto en el artículo 1242º del Código Civil.

Habiendo definido ambos tipos de intereses, queda claro que aquel tipo de intereses no pactado no puede ser aplicado en el presente arbitraje, ya que no se ha convenido en el correspondiente contrato. Por lo tanto, no corresponde que este colegiado se pronuncie si quiera sobre el interés compensatorio, además no ha sido planteado como una pretensión por el demandante.

Es así que, correspondería aplicar solamente los intereses moratorios; en tanto lo que se busca es reparar los daños y perjuicios por el retraso en la ejecución de una obligación, sin embargo este colegiado analizará ello a continuación.

²³ **OSTERLING PARODI**, Felipe y **CASTILLO FREYRE**, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.517.

Respecto, de los intereses moratorios Fernández Fernández señala:

"(...) los intereses moratorios vienen a ser aquellos que constituyen la manera de indemnizar supletoriamente al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación pecuniaria por parte del deudor, cubriendose de esta manera los daños y perjuicios ocasionados precisamente por efectos de la mora en el pago"²⁴.

Asimismo, el artículo 1246º del Código Civil ha establecido que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o en su defecto el interés legal²⁵; tomando en cuenta que no se ha pactado ningún interés, entonces correspondería aplicar el Interés Legal.

En ese sentido, siendo que las partes no han pactado ningún tipo de interés, conforme la Ley lo establece corresponde regirse por los intereses legales a los que hace alusión el Art. 1246º del Código Civil. Al respecto, el artículo 1244º del mismo cuerpo normativo, nos precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

En tanto, la entidad no cumpla con el pago correspondiente a los mayores gastos generales, analizado en un punto controvertido anterior, corresponde que en caso se produzca demora en el cumplimiento de dicha obligación, dicha entidad pague a favor de la demandante los intereses legales correspondientes, conforme la normativa y legislación aplicable para el presente caso, en relación al interés antes aludido.

²⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César, "Interés por Mora". En: Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 418.

²⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.533.

Siendo que el interés al que hacemos alusión, se trata de un interés por mora, se deberá determinar desde cuando la entidad incurrió en ésta.

Tal como señalamos anteriormente, a decir de este Colegiado corresponde aplicar el interés legal en caso la entidad no cumpla con el pago correspondiente a los mayores gastos generales, en relación a la fecha desde la cual debe computarse el interés a pagar, tenemos que el artículo 1334º del Código Civil dispone lo siguiente:

"En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante Resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)"

En tal sentido, este Colegiado advierte que los intereses legales deben reconocerse a partir de la solicitud de arbitraje.

Este Tribunal declara FUNDADA EN PARTE la pretensión acumulada, en tal sentido DECLARA procedente el pago por parte de la entidad a favor del contratista de la suma ascendente a S/. 1, 937,922.43 (Un Millón Novecientos Treinta Y Siete Mil Novecientos Veintidós 43/100 Nuevos Soles), más los intereses legales generados a la fecha de cancelación, por concepto de enriquecimiento sin causa correspondiente al reconocimiento de mayores trabajos ejecutados en la obra por el contratista en los tramos: A.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2; B.- TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 1; y C.- TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2; para que no constituya enriquecimiento sin causa por parte de la entidad, en razón de que el contratista ha incurrido realmente en los gastos valorizados.

PUNTO CONTROVERTIDO COMUN

*"Determinar a quién le corresponde el pago de las costas y
costos derivados del presente arbitraje"*

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

El numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70º del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar precisando cada una las razones por las cuales consideraban amparables sus argumentos y razones, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje, sean gastos operativos, representación y asistencia legal, entre otros.

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

Por otro lado, en el tercer párrafo del numeral 5) del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral se estableció lo siguiente:

"Considerando que los doctores, Orlando la Torre Zegarra y Jorge Pedro Morales Morales, así como el Secretario Arbitral Ad Hoc no tienen su domicilio en la localidad de la Sede Arbitral, se fija la suma neta de S/. 1,000.00 (Un mil con 00/100 Nuevos Soles) para cada uno de ellos, por concepto de traslados y viáticos, para cada una de las actuaciones que se realicen en la Sede del Arbitraje. El monto fijado deberá ser asumido por las partes en proporciones iguales (50% cada una); es decir que cada parte por concepto de viáticos deberá pagar S/ 500.00 (quinientos nuevos soles con 00/100) a cada uno de los profesionales señalados, dicho monto deberá pagarse dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de notificada la Resolución que cite a Audiencia o disponga una actuación en la Sede del Arbitraje".

A la fecha se han desarrollado las siguientes actuaciones:

- Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral
- Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
- Audiencia de Sustentación de Pericia.
- Audiencia de Informes Orales.

Así pues, el Consorcio Cerro Colorado Pluvial ha asumido íntegramente el concepto de traslados y viáticos fijados en el Acta de Instalación, razón por la cual la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado debe pagar a favor del demandante la suma neta S/. 6,000.00 (Cuatro mil quinientos con 00/100 Nuevos Soles), en vía devolución, por concepto de traslados y viáticos.

Asimismo, de autos se verifica que el Consorcio Cerro Colorado Pluvial ha cancelado, en vía subrogación, los honorarios a cargo de la Municipalidad

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio

Distrital de Cerro Colorado correspondientes a la reliquidación por acumulación de pretensiones monto que asciende a la suma S/. 42,052.74 (Cuarenta y dos mil cincuenta y dos con 74/100 Nuevos Soles); en tal sentido, estando a lo dispuesto por el Tribunal Arbitral en relación a la asunción de los costos del arbitraje, cada parte debió asumir un el pago por concepto de gastos arbitrales en proporciones iguales.

Teniendo en cuenta ello y advirtiéndose que el Consorcio Cerro Colorado Pluvial ha asumido únicamente el pago correspondiente a la acumulación de pretensiones y viáticos y traslados, deberá ordenarse que la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado pague a favor del demandante la suma neta de S/. 48,052.74 (Cuarenta y ocho mil cincuenta y dos con 74/100 Nuevos Soles), en vía devolución.

IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral por unanimidad y en Derecho, **RESUELVE:**

PRIMERO.- Declárese FUNDADO el primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la demanda; en consecuencia, DECLÁRESE que es responsabilidad de la Entidad el obtener y entregar al Contratista la libre disponibilidad física del terreno en los tramos:

- A.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2.
- B.- TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 1.
- C.- TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, SUBCUENCA 2
- D.- AREAS DEL SECTOR DONDE SE EJECUTARÁ LA ESTRUCTURA DE DESCARGA DE LA SUBCUENCA 1.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

E.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 22 Y EL BUZÓN BI-38, DE LA SUBCUENCA 2, DE LA AV. CIRCUNVALACIÓN.

SEGUNDO.- Declárese IMPROCEDENTE el segundo punto controvertido, derivado de la primera pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal de la demanda, por los motivos expuestos en los considerandos correspondientes.

TERCERO.- Declárese FUNDADO el tercer punto controvertido, derivado de segunda pretensión principal; en consecuencia, ORDENÉNSE que la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado reconozca que para cumplir la finalidad del contrato resulta indispensable modificar el expediente técnico aprobando propuesta alternativa que asegura la continuidad del ducto drenaje pluvial en los siguientes sectores: A.-Sub-cuenca 01, Tramo 1-1, entre los buzones BI-17 - BI-24; B.- Sub-cuenca 02, Tramo entre los buzones BI-16 al BI-18 Y C.- Sub-cuenca 02, Tramo Buzón BI-9 - BI-12.

CUARTO.- Declárese IMPROCEDENTE el cuarto punto controvertido, derivado de la primera pretensión subordinada a la segunda Pretensión Principal de la demanda, por los motivos expuestos en los considerandos correspondientes.

QUINTO.- Declárese IMPROCEDENTE el quinto punto controvertido, derivado de la segunda pretensión subordinada a la segunda Pretensión Principal de la demanda, por los motivos expuestos en los considerandos correspondientes.

SEXTO.- Declárese FUNDADO el sexto punto controvertido, derivado de la tercera pretensión principal; en consecuencia, DECLÁRESE ampliado el plazo solicitado por Consorcio Cerro Colorado Pluvial, referente a la solicitud de ampliación de plazo N° 02, la cual fue denegada mediante Carta N° 107-2014-SUPERVISIONES-GIDU-MDCC, emitida el 6-02-2014 y recibida el 07-02-2014.

SÉTIMO.- Declárese IMPROCEDENTE el séptimo punto controvertido, derivado de la primera pretensión alternativa a la tercera Pretensión Principal de la demanda, por los motivos expuestos en los considerandos correspondientes.

OCTAVO.- Declárese FUNDADO el octavo punto controvertido, derivado de la Primera pretensión Accesoria a la tercera pretensión principal; en consecuencia, DECLÁRESE que la causal de la ampliación N° 02 es parcial, y por lo tanto continúa hasta que se tenga la libre disponibilidad del terreno en dicho sector.

NOVENO.- Declárese FUNDADO el noveno punto controvertido, derivado de la cuarta pretensión principal; en consecuencia DECLÁRESE la nulidad, invalidez e ineeficacia de la Resolución de Gerencia N° 156-2014-MDCC de fecha 20 de febrero de 2014 por falta de motivación, la cual declara improcedente la solicitud e Ampliación de Plazo N° 03; consecuentemente, DECLÁRESE procedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 130 (ciento treinta) días.

DÉCIMO.- Declárese FUNDADO EN PARTE el décimo punto controvertido, derivado de la primera pretensión accesoria a la cuarta pretensión principal; en consecuencia, DECLÁRESE que la ampliación de Plazo N° 03 es parcial, y PRECÍSESE que dicha ampliación concluyó el 29 de mayo de 2014.

DÉCIMO PRIMERO.- Declárese FUNDADO el décimo primer punto controvertido, derivado de la quinta pretensión principal; en tal sentido DECLÁRESE que los trabajos ejecutados correspondientes a las partidas: 03.04 RELLENO; 03.04.01 RELLENO PARA TUBERÍAS; 07 PRUEBA HIDRÁULICA; 07.02 PRUEBA HIDRÁULICA DE TUBERÍA, se ejecutaron cumpliendo lo indicado en las especificaciones técnicas generales y especificaciones técnicas específicas, del expediente de obra aprobado.

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio*

DÉCIMO SEGUNDO.- Declárese IMPROCEDENTE el décimo segundo punto controvertido, derivado de la primera pretensión subordinada a la quinta Pretensión Principal, teniendo en cuenta las precisiones efectuadas en los considerandos pertinentes.

DÉCIMO TERCERO.- PRECÍSESE en relación al décimo tercer punto derivado de la Sexta Pretensión Principal, que los materiales de la partida 06. Suministro e instalación de tubería, definidas en el expediente técnico y aprobada mediante Resolución de Gerencia N° 072-2013-GM-MDCC, han sido elegidos de acuerdo a las bases y contrato.

DÉCIMO CUARTO.- Declárese FUNDADO el décimo cuarto punto controvertido, derivado de la Primera Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal; en consecuencia, DECLÁRESE que EL DICTAMEN N° 005-2013-COMISIÓN CALIFICADORA, no es vinculante para la ejecución de la obra y por lo tanto no puede modificar lo aprobado en el expediente técnico y asimismo es ineficaz al no haber sido comunicado al contratista.

DÉCIMO QUINTO.- Declárese FUNDADO el décimo quinto punto controvertido derivado de la séptima pretensión principal; en consecuencia, ORDÉNESE que la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado reconozca la plena validez del calendario de avance de obra valorizado actualizado y la Programación PERT CPM correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 01, presentado por el Contratista y elevado por el Supervisor de obra a la Entidad.

DÉCIMO SEXTO.- Declárese INFUNDADO el décimo sexto punto controvertido, en consecuencia, DECLÁRESE que no corresponde ordenar que la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado asuma los gastos de mantención de las cartas fianza por el fiel cumplimiento de la obra mientras dure el presente proceso arbitral.

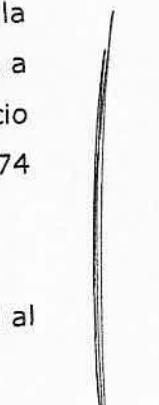
DÉCIMO SÉTIMO.- Declárese FUNDADA EN PARTE la pretensión acumulada, en tal sentido DECLARA procedente el pago por parte de la entidad a favor del contratista de la suma ascendente a S/. 1, 937,922.43 (Un Millón Novecientos Treinta Y Siete Mil Novecientos Veintidós 43/100 Nuevos Soles), más los intereses legales generados a la fecha de cancelación, por concepto de enriquecimiento sin causa correspondiente al reconocimiento de mayores trabajos ejecutados en la obra por el contratista en los tramos: A.- TRAMO ENTRE EL SUMIDERO 10 Y EL BUZÓN BI-21, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2; B.- TRAMO BUZÓN BI-17 Y EL BUZÓN BI-24, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 1; y C.- TRAMO BUZÓN BI-9 Y EL BUZÓN BI-12, PERTENECIENTE A LA SUBCUENCA 2; para que no constituya enriquecimiento sin causa por parte de la entidad, en razón de que el contratista ha incurrido realmente en los gastos valorizados.

DÉCIMO OCTAVO.- DISPÓNGASE que tanto al Consorcio Cerro Colorado pluvial así como el la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral; en consecuencia, **SE ORDENA** a la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado pague a favor del Consorcio Cerro Colorado Pluvial -en vía de devolución- la suma neta de S/. 48,052.74 (Cuarenta y ocho mil cincuenta y dos con 74/100 Nuevos Soles).

DÉCIMO NOVENO.- REMÍTASE un ejemplar del presente Laudo Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado – OSCE.

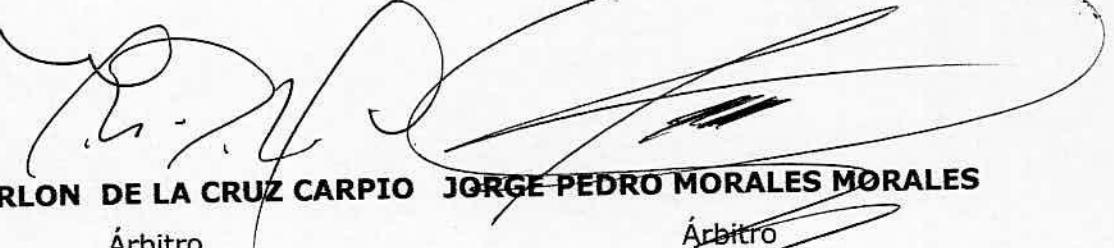
Notifíquese a las partes.


ORLANDO LA TORRE ZEGARRA
Presidente del Tribunal Arbitral

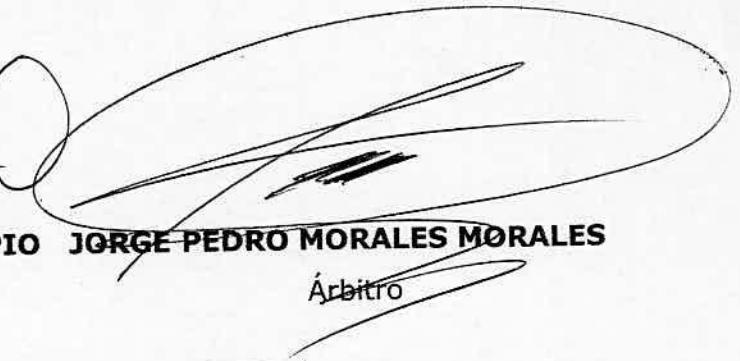


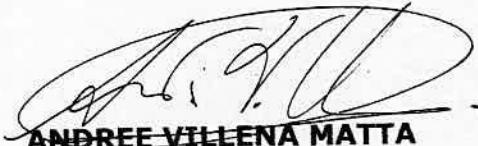
Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Orlando La Torre Zegarra
Dr. Jorge Pedro Morales Morales
Dr. Marlon Humberto De la Cruz Carpio


MARLON DE LA CRUZ CARPIO JORGE PEDRO MORALES MORALES

Árbitro


Árbitro


ANDREE VILLENA MATTA

Secretario Arbitral